

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

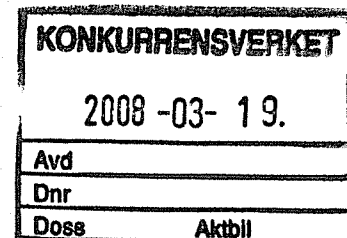
DOM
2008-03-18
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
1467-08 E
Rotel 24

SÖKANDE

Markbygg i Bohuslän AB, 556581-2491
Bultvägen 4
451 75 Uddevalla

Ombud:
Jur.kand. Jimmy Carnelind
Wistrand Advokatbyrå KB
Lilla Bommen 1
411 04 Göteborg

**MOTPART**

Lysekils Hamn
Hamnkontoret
453 80 Lysekil

Ombud:
Advokaten Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Lysekils Hamn har genomfört en upphandling av "Träbrygga i Norra hamnen, Lysekils kommun. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU. Av tilldelningsbeslut framgår att Skånes Entreprenad Service AB (SES) vann upphandlingen. Länsrätten beslutade den 26 februari 2008 att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat har beslutats. Rätten beslutade den 7 mars 2007 att, på yrkande av Lysekils Hamn, inte upphäva det interimistiska beslutet.

Markbygg i Bohuslän AB (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingen skall rättas och i andra hand att upphandlingen skall göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Den upphandlande enheten har antagit en leverantör som inte har uppfyllt ställda skall-krav. Den utvärderingsmodell som finns i för-

Dok.Id 119950

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031-732 70 00 E-post: lansrattenigoteborg@dom.se	Telefax 031-711 78 59	Expeditionstid måndag – fredag 09:00-15:00
---	---	--	---------------------------------	---

frågningsunderlaget uppfyller inte kravet på affärsmässighet i LOU. Lysekils Hamn har i förfrågningsunderlaget angett att den tillmäter hög hållfasthet, materialkvalitet och låga underhållskostnader särskild betydelse vid utvärderingen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. I förfrågningsunderlaget under punkten AFB.31 framgår 1. att ett anbud skall innehålla tillkommande alternativt avgående kostnader för utförande med träslag tätvuxen Norrlandsfur enligt rambeskrivning, 2. att ett anbud skall innehålla tillkommande kostnad för skötsel av bryggan under garantitiden, och 3. att ett anbud skall innehålla procentsatser enligt ABT 06, kapitel 6 § 9 punkt 8a och 8b. Lysekils Hamn har även i rambeskrivningen i förfrågningsunderlaget funnit skäl att återupprepa att alternativt pris för utförande i tätvuxen Norrlandsfur skall avges, se punkten 13.1 i rambeskrivningen. Det anges även att entreprenören skall lämna separat pris för skötsel av bryggan under garantitiden, se punkten 2. SES anbud innehåller ingen uppgift angående alternativt pris avseende Norrlandsfur och inte heller någon uppgift om separat pris för skötsel av bryggan under garantitiden. SES anbud innehåller inte några procentsatser enligt ABT06 kapitel 6 § 9, punkt 8a och 8b. SES anbud uppfyller således inte skall-kraven och anbudet borde ha förkastats. SES har givits möjlighet att inkomma med nya uppgifter i ett e-postmeddelande där det framgår att tätvuxen Norrlandsfur och bryggskötsel ingår i anbudspris samt att procentsatser enligt ABT06 är 15 %. En upphandlande enhet får begära att ett anbud eller ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning jfr generaladvokatens uttalande i förslag till dom i EG-domstolens dom med mål nr C-87/94. NOU:s yttrande 2003-0289-29 s. 5 åberopas. Lysekils Hamn har vidare den 11 februari 2008 haft ett möte med SES, vilket är att jämställa med en del i ett förhandlingsförfarande. EG-domstolen har i en dom men mål nr C-243/89 förklarat att en upphandlande enhet inte ägt rätt att uppta förhandlingar med en leverantör vars anbud inte uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget så att en objektiv jämförelse av inkomna anbud säkras. Av den upphandlande enhetens minnesanteckningar

från mötet med SES framgår tydligt att Lysekils Hamn uppmärksammat att det i SES anbud saknats uppgifter enligt AFB.31. Förfrågningsunderlaget lämnar ingen möjlighet att lämna ett totalpris utan angivande av tillkommande eller avgående kostnader. Genom att tillåta SES lämna nya uppgifter på sätt som gjorts har Lysekils Hamn gett SES möjlighet att komma in med ett till sitt innehåll nytt anbud efter anbudstidens utgång. I förfrågningsunderlaget punkten AFB.52 anges bl.a. att (a) Robusthet på konstruktionerna. Hög hållfasthet värderas. Hög materialkvalitet värderas. Låga underhållskostnader värderas. Värdering sker från de av anbudsgivaren avlämnade uppgifterna enligt AFB.31 50 % och (b) pris totalt för färdig anläggning 50 %. Betygsättning av robusthet kommer att ske på skala 1-5, där 5 är högsta poäng. Skall det anbud antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget också ange samtliga utvärderingskriterier. I direktiv 2004/18/EG artikel 52 p. 2 skärps kraven på att ange utvärderingskriteriernas relativa inbördes betydelse. Om den upphandlande enheten avser att tilldela kontrakt till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall det i förfrågningsunderlaget anges hur de olika kriterierna kommer att viktas. Det kan inte råda något tvivel om att denna bestämmelse har direkt effekt och således är åberopbar i svensk förvaltningsdomstol oaktat tidpunkten för Sveriges implementering av direktivet. Av NOU:s ärende 2004/0024-26 s. 6 och ur Kammarrättens i Göteborg domar med mål nr 4210-04 och 6306-06 framgår att i den mån den upphandlande enheten väljer att vikta olika utvärderingskriterier måste man vid utvärderingen hålla sig till vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Det följer av praxis att det inte är tillåtet att vid utvärderingen låta ett utvärderingskriterium få en annan viktning än vad som har angivits i förfrågningsunderlaget. Det går inte av utvärderingsprotokollet att utläsa hur hög hållfasthet, hög materialkvalitet samt låga underhållskostnader har utvärderats. Bolaget har valt en dyrare konstruktion i syfte att ge låga underhållskostnader eftersom bryggan skall byggas på ett ställe där den kommer att utsättas för grov sjö. Detta har inte Lysekils Hamn beaktat, då Bolaget

endast erhöll 0,5 poäng i utvärderingen för limträbalkar, vilket torde vara i kategorin hög materialkvalitet. För det fall låga underhållskostnader hade värderats, hade Bolaget åtminstone erhållit ytterligare 0,5 poäng i utvärderingen, vilket hade fått till följd att leverantörens anbud hade varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare anges det i utvärderingsprotokollet att de anbud som uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven erhåller tre poäng avseende robusthet på konstruktionerna. Lysekils Hamn har angett att detta motsvarar förfrågningsunderlaget, vilket är felaktigt. Det går inte att utläsa detta och det framgår inte heller vad som fordras för att nå upp till denna nivå. Lysekils Hamn har därvid gjort tillägg till förfrågningsunderlaget, som för en anbudsgivare har varit omöjliga att förutse och har därigenom frångått de värderingsprinciper som finns angivna i förfrågningsunderlaget. Lysekils Hamn har vidare i utvärderingsprotokollet angett att anbud som har en lägre respektive högre nivå tilldelas minuspoäng respektive pluspoäng i förhållande till poängläge 3. I praktiken innebär förfarandet att utvärderingskriteriet robusthet på konstruktionerna värderats till maximalt 20 % istället för angivna 50 %. Förfrågningsunderlagets utformning innebär att byggmaterialets kvalitet värderas lika högt som priset för entreprenaden. Ett högre pris skall således kunna kompenseras med en högre materialkvalitet. Enligt tillämpad utvärderingsmodell har detta inte varit möjligt. Det går inte av utvärderingsmodellen att utläsa vilken inbördes relevans som de tre kriterierna hög hållfasthet, hög materialkvalitet och låga underhållskostnader ges i förhållande till den totala viktningen för robusthet för konstruktionerna. Dom från Länsrätten i Norrbotten med mål nr. 2279-04 åberopas.

Lysekils Hamn bestrider ansökan och anför i yttrande bl.a. följande. Lysekils Hamn har i förfrågningsunderlaget tydligt angett vilka omständigheter som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbuden, samt redogjort för hur denna utvärdering kommer att gå till. SES uppfyller ställda skall-krav och har därför varit kvalificerat till utvärderingen. Under för-

utsättning att en anbudsgivare inte har några tillkommande kostnader avseende träslaget Norrlandsfur eller för skötsel av bryggan under garantitiden, är det inte nödvändigt eller ens möjligt att anbudet innehåller någon uppgift om tillkommande kostnader. Av bestämmelsen i ABT 06 framgår att det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget är entreprenörsarvode beräknat som procent av vissa där definierade kostnader. Den aktuella bestämmelsens tillämplighet förutsätter att det tillkommer arbeten och därmed kostnader efterhand som entreprenaden utförs. Kravet utgör således inte ett skalkrav. SES har inom ramen för Lysekils Hamn förhandling beretts tillfälle att inkomma med ett förtydligande (AFB.11). Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling vilken inte är direktivstyrd varför det inte föreligger någon skyldighet att ange hur de olika kriterierna skall viktas. Det föreligger ingen skyldighet för en upphandlande enhet att använda sig av underkriterier. Lysekils Hamn har valt att göra en sammantagen bedömning utifrån de parametrar som angetts i förfrågningsunderlaget. Lysekils Hamn har vidare angett de viktningskoefficienter som har använts vid utvärderingen. Beträffande kriterierna hög hållfasthet, hög materialkvalitet samt låga underhållskostnader har inga ytterligare viktningskoefficienter används utan Lysekils Hamn har gjort en helhetsbedömning utifrån de värderingsgrunder som framgår i förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av att Lysekils Hamn varken i förfrågningsunderlaget eller utvärderingen har använt sig av poängberäkningar som Bolaget gör gällande, förstår inte Lysekils Hamn vad Bolaget menar. Om länsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget skulle brista i tydlighet menar Lysekils Hamn att det i sådana fall är fråga om brister som måste accepteras med hänsyn till de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet. RÅ 2002 ref. 50 åbe-ropas.

Ytterligare skriftväxling har förekommit.

DOMSKÄL

Av 7 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först efter det att rättelse har gjorts.

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att en upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av förfrågningsunderlaget under punkten AFB.31 om anbuds form och innehåll framgår bl.a. följande. Anbud skall innehålla tillkommande alternativt avgående kostnader för utförande med träslag tätvuxen Norrlandsfur enligt rambeskrivning, punkt 13.1, tillkommande kostnad för skötsel av bryggan under garantitiden, enligt punkt 2 i rambeskrivningen, procentsatser enligt ABT 06, kapitel 6 § 9, punkt 8a och 8b.

Under punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget om värderingsgrunder för prövning av anbud, framgår bl.a. följande. Anbudsprövning kommer att ske på affärsmässiga grunder. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas, utifrån nedan angivna kriterier: -Robusthet på konstruktionerna. Hög hållfasthet värderas. Låga underhållskostnader värderas. Värdering sker från de av anbudsgivarens avlämnade uppgifterna enligt AFB.31 50 %. -Pris totalt för färdig anläggning. 50 %. Betygsättning för robustheten kommer ske på skala 1-5, där 5 är högsta poäng. Betygsättning av pris kommer att ske så att lägsta pris får 100 poäng. Övriga anbud poängsätts i förhållande till lägsta anbudet. Dessa kommer att viktas till en totalpoäng.

Länsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har i första hand gjort gällande att Lysekils Hamn har antagit ett anbud som inte uppfyllt ställda s.k. skall-krav. Bolaget menar att skallkraven om tillkommande kostnader för Norrlandsfur, skötsel av brygga samt ifrågavarande procentsatser inte har uppfyllts. Lysekils Hamn menar att anbudet har uppfyllt ställda skall-krav. Av minnesanteckningarna den 11 februari 2008 framgår bl.a. att det i anbudet saknas några uppgifter enligt AFB.31. Beställaren har antagit att det inte är några tillkommande eller avgående kostnader för tätvuxen Norrlandsfur och skötsel under garantitiden. Några andra uppgifter om icke uppfyllda skall-krav framgår inte av handlingarna i målet. Länsrätten anser att det som Bolaget har anfört inte visar att bedömningen att SES har uppfyllt skallkraven har varit felaktig. Det har därför också varit rätt att låta detta anbud gå vidare till utvärderingsfasen.

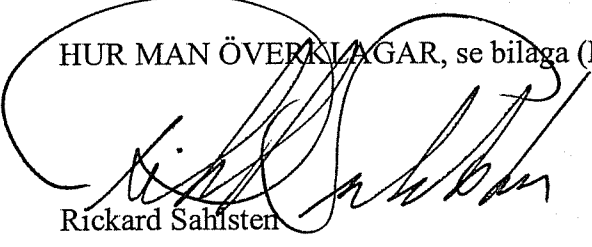
Såvitt avser den utvärdering som kommunen har gjort av olika anbud gäller följande. Så länge förfrågningsunderlaget är tillräckligt transparent så att anbudsgivarna kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud och de grundläggande EG-rättsliga principerna inte träds för när, är det också möjligt att lägga till ytterligare delkriterier vid utvärderingen, jfr RÅ 2002 ref. 50. Lysekils Hamn har således hållit sig inom nu angivna gränser vid sin utvärdering.

Det som Bolaget anfört visar sammanfattningsvis inte att Lysekils Hamn brutit mot LOU. Bolagets ansökan om åtgärder enligt LOU skall därför avslås. Vid denna bedömning och utgång upphör också länsrättens interimistiska beslut den 26 februari 2008 att gälla.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Bolagets yrkande om åtgärder enligt LOU, i följd varav länsrättens interimistiska beslut den 26 februari 2007 upphör att gälla.

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



Rickard Sahlsten

Föredragande: Ofelia Hendar



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 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 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.

