



SÖKANDE

Engy AB, 556735-1605
Eriksbergsparken 1
114 30 Stockholm

Ombud:

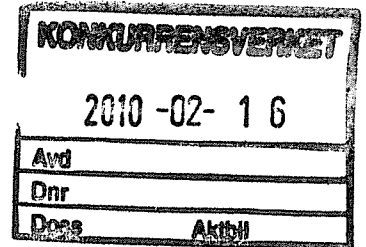
Advokat Stefan Bessman och
jur.kand. Caroline Khattar Boström
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 5719
114 87 Stockholm

MOTPART

Torsby kommun
Box 501
685 80 Torsby

SAKEN

Offentlig upphandling



DOMSLUT

Länsrätten avslår Engy AB:s ansökan om överprövning.

Länsrättens interimistiska beslut den 9 december 2009 upphör i och med denna dom att gälla.

BAKGRUND

Torsby kommun infordrade anbud avseende en upphandling (urvalsupphandling i vilken kommunen väljer ut anbudsgivare att lämna slutligt anbud) benämnd "EPC-projekt". Anbud ingavs av bl.a. Engy AB (Engy). Torsby kommun beslöt emellertid att gå vidare med andra anbudsgivare.

Engy AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att kommunen ska vidta en ny utvärdering till vilken Engy ska kvalificeras och att Engy därvid skall inbjudas att lämna anbud. I andra hand yrkar Engy att upphandlingen ska göras om. Engy AB anför bl.a. följande.

Engy har diskvalificerats på grund av att det inte ansetts uppfylla ett referenskrav. Kommunen har i anbudsansökan uppgett att "Anbudsgivaren ska ha referenser avseende genomförandet av likartade EPC-projekt inom minst 100 000 kvm, varav minst ett projekt skall överstiga 50 000 kvm och företrädesvis ägas eller förvaltas av offentliga verksamheter. Referenserna får ej vara äldre än 5 år och Fas 2 ska ha slutförts samt minst en av referenserna ska ligga i Fas 3."

Denna beskrivning är otydlig och motstridig. Om alla Fas 2 referenser ska vara slutförda innebär det att dessa referenser har övergått i Fas 3. Samtidigt anges att minst en referens ska vara i Fas 3. Det angivna kravet på att alla Fas 2 referenser ska vara slutförda är överhuvudtaget inte förenligt med kravet på att minst en av tre referenser ska ligga i Fas 3. Kommunens anbudsansökan är alltså otydlig och missvisande. Mot bakgrund av att det uttryckligen anges att en referens ska avse Fas 3 har Engy uppfattat det som att det då räcker att ange en referens i Fas 3, vilket också Engy har gjort. Skallkravet avseende angivande av referenser kan inte anses uppfylla kraven på förutsägbarhet och transparens och bör därför inte medföra att Engy inte kvalificerar sig till att gå vidare i förfarandet utan bör bortses från vid kvalificeringen.

Torsby kommun anför i svar bl.a. följande.

Bland de kvalificeringskrav som kommunen uppställt återfinns i p. 3 kravet på referenser med följande utformning. "Avseende relevanta referenser ska anbudssökande uppfylla följande krav. Anbudsgivaren ska ha referenser avseende genomförandet av likartade EPC-projekt

inom minst 100 000 kvm, varav minst ett projekt ska överstiga 50000 kvm och företrädesvis ägas eller förvaltas av offentliga verksamheter. Referenserna får ej vara äldre än 5 år och Fas 2 ska ha slutförts samt minst en av referenserna ska ligga i Fas 3". Av blanketten för anbudsansökan framgår att referensobjekten ska vara minst tre.

Av Engy AB:s anbudsansökan framgår att vid ansökningstidpunkten

- hade fas 2 ännu inte påbörjats för ett referensobjekt,
- pågick fas 2 för ett referensobjekt,
- hade fas 2 slutförts och fas 3 pågick för ett referensobjekt.

Som framgår av Engy AB:s ansökan hade fas 2 endast slutförts i ett av referensobjekten. Skälet till att Engy AB inte tillhörde de fyra leverantörer som bjöds in att lämna anbud var att Engy inte uppfyllde kravet på att fas 2 skulle vara slutfört för samtliga referensobjekt.

Kommunen bestrider att beskrivningen avseende referenser är otydlig och motstridig. Klart är att fas 2 ska vara slutförd för samtliga referensobjekt och att Engy redovisade referensobjekt inte uppfyller detta krav. Den omständigheten att fas 2 slutförts innebär inte med automatik att fas 3 påbörjats. Exempelvis kan uppdragsgivaren ha beslutat att inte genomföra fas 3 eller att fas 2 avslutats men att fas 3 ännu inte påbörjats. Med hänsyn till uppdragets karaktär är det av betydelse att anbudssökande har den erfarenhet som de ställda kraven ger.

Parterna har vidare argumenterat kring vissa andra av Engy åberopade brister i upphandlingen.

Länsrätten har den 9 december 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas förrän länsrätten beslutar annat.

DOMSKÄL

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (2007:1091; LOU) eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2 §

besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § 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.

Den aktuella upphandlingen avser energitjänster, ett s.k. EPC-projekt (Energy Performance Contracting) som är indelat i tre faser (Fas 1: Analys och projektutveckling, Fas 2: Projektgenomförande och Fas 3: Projektuppföljning). Upphandlingen upphandlas som en urvalsupphandling där leverantörer först har att ansöka om att få lämna anbud. För att få lämna anbud måste vissa kvalificeringskrav uppfyllas. Av de entreprenörer som kvalificerat sig väljer beställaren (Torsby kommun) ut tre till fyra entreprenörer att lämna slutgiltigt anbud.

I anbudsinbjudan under p. 2 och 3 ("Genomförandekompetens" respektive "Referenser") anges följande. Avseende kapacitet och genomförandekompetens ska anbudssökande uppfylla följande krav: Anbudsgivaren ska inom ramen för sin anbudsansökan redovisa i antal att den förfogar över en organisation med resurser och kunskaper som erfordras för genomförande av Fas 1, 2 och 3. Avseende relevanta referenser ska anbudssökande uppfylla följande krav: Anbudsgivaren ska ha referenser avseende genomförandet av likartade EPC-projekt inom minst 100 000 m², varav minst ett projekt ska överstiga 50 000 m² och företrädesvis ägas eller förvaltas av offentliga verksamheter. Referenserna får ej vara äldre än fem år och Fas 2 ska ha slutförts samt minst en av referenserna ska ligga i Fas 3. I till anbudsansökan bilagd blankett anges att minst tre referensprojekt ska anges.

Torsby kommun fann att Engy inte kvalificerat sig för att lämna slutgiltigt anbud då kravet på referenser i Fas 2 inte ansågs uppfyllt (Fas 2 hade slutförts i endast ett av referensobjekten).

Engy har inledningsvis gjort gällande att nämnda referenskrav är otydligt och motstridigt och i huvudsak anfört att kravet på att alla Fas 2-referenser ska vara slutförda inte är förenligt med att minst en av tre referenser ska ligga i Fas 3.

Länsrättens bedömning

Det aktuella kravet på referenser kunde möjligen ha utformats något tydligare, om man inte i samma mening blandat de krav som gäller för samtliga tre referenser och det krav som gäller endast en av referenserna. Ordet ”samt”, som brukar användas för att avgränsa två huvuddelar av en mening, och meningens utformning i övrigt får dock med tillräcklig tydlighet anses utvisa det som kommunen hävdar. Detta innebär dels ett krav för samtliga referenser att Fas 2 ska vara avslutad, dels ett krav för en av minst en av referenserna att Fas 3 ska ha inletts (”ligga i Fas 3”). Mot bakgrund av vad kommunen anfört i sitt svar, och som Engy inte bemött, får det anses fullt möjligt att ha avslutat en fas utan att den efterföljande fasen därmed måste ha inletts. Länsrätten finner att förfrågningsunderlaget i detta avseende inte strider mot LOU och inte heller att formuleringen i övrigt vad gäller nämnda kvalificeringskrav har sådana brister att det strider mot LOU.

Eftersom Engy inte uppfyllt det krav på referenser som ställts och detta krav utgjort ett s.k. skallkrav har Torsby kommun haft rätt att utesluta Engy från möjligheten att lämna slutgiltigt anbud. Den skada Engy lidit eller kan komma att lida är således orsakad av en korrekt åtgärd från kommunens sida. Någon ytterligare skada eller risk får skada kan Engy inte

drabbas av på grund av eventuella andra brister i upphandlingen. Länsrätten saknar därför skäl att pröva de anmärkningar som Engy i övrigt framställt.

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



Joar Berglund

Föredragande har varit Lars Överström

VIKTIGT MEDDELANDE

Från och med den 15 februari 2010 läggs länsrätterna samman till nya domstolar med i vissa fall andra kansliorter. De nya domstolarna benämns förvaltningsrätter. Länsrätten i Värmlands län kommer att läggas samman med Länsrätten i Örebro län och bilda Förvaltningsrätten i Karlstad.

Detta innebär att från och med den 15 februari 2010 ska överklaganden av Länsrätten i Värmlands läns domar och beslut ha inkommit i rätt tid till Förvaltningsrätten i Karlstad.

Förvaltningsrätten i Karlstad kommer att ha följande kontaktuppgifter:

Postadress: Box 568, 651 12 Karlstad

Besöksadress: Rådhuset, Stora torget

Tel nr: 054-14 85 00

Faxnr: 054-14 85 30