



**KLAGANDE**  
Skanska Sverige AB, 556033-9086

Ombud: Bolagsjurist Anders Lagerlund  
Skanska Sverige AB  
Juridik  
205 33 Malmö

**MOTPART**  
Sjöbo kommun  
275 80 Sjöbo

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**  
Länsrätten i Skåne läns dom den 6 april 2009 i mål nr 1634-09,  
se bilaga A

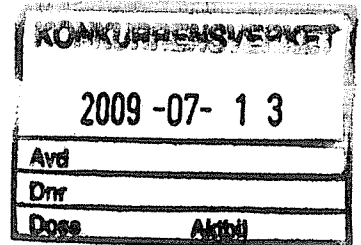
**SAKEN**  
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

### KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten förordnar, med upphävande av länsrättens dom, att Sjöbo kommuns upphandling av beläggningsarbeten ska göras om.

### YRKANDEN M.M.

Skanska vidhåller grunderna för sin talan i enlighet med vad som anförts i ansökan hos länsrätten med följande förtydliganden och tillägg. Länsrätten grundar sin bedömning av Sjöbo kommuns genomförda poängsättning på en tolkning som saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Enligt koden AFB.52 i Administrativa föreskrifter ska värderingen av de tre kriterierna ske enligt en i aktuell kod beskriven tabell samt därtill hörande text. Enligt nämnda punkt är poängskalan från 1 – 5. Vidare framgår att 1 poäng är lägst poäng och 5 poäng är högst poäng. Det framgår även tyd-



ligt att halva poäng utdelas. Denna föreskrift ger inte utrymme för länsrättens slutsats att kriteriet pris kan erhålla poäng linjärt fördelat mellan 1 och 5 poäng. Sålunda kan t.ex. 4,5 förekomma men inte 4,73, vilket är den poäng som tilldelats NCC avseende kriteriet pris. Med hänsyn till detta och med stöd i allmänna regler om avrundning borde sålunda NCC rätteligen ha tilldelats maximalt 4,5 poäng avseende kriteriet pris och värde 31,5. Genom detta förfarande har Sjöbo kommun frångått förfrågningsunderlaget på ett sätt som inte är förenligt med LOU:s krav på förutsebarhet, transparens och likabehandling. – Vidare har länsrätten felaktigt ansett att kriterierna kvalitet och referenser är tydliga och klara. Det är dock inte möjligt att utläsa vad kommunen kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen. Det finns inga angivna underkriterier för hur kriteriet ska mätas eller vad referenser ska tillfrågas om eller hur kommunen avser att gå tillväga i sin analys och värdering. Genom att inte klargöra vilka frågor som referenspersonerna skulle besvara har kommunen dels skapat oklarhet, dels försvårat kontrollen av huruvida frågorna varit hänförliga till föremålet för upphandlingen eller ej. Kommunen har förvisso angett att antingen hög kvalitet på tidigare utförda liknande ombyggnader åt beställaren alternativt goda referenser/vitsord på tidigare utförda liknande arbeten åt andra beställare ska ge 5 poäng. Det framgår dock inte vad som händer om andra beställare lämnar goda referenser medan Sjöbo kommun inte är fullt lika nöjd. Enligt Skanskas mening ska ett sådant förhållande leda till att 5 poäng erhålls. Såvitt Skanska känner till har kommunen inte redovisat vilka av Skanskas åberopade referenspersoner som tillfrågats, än mindre vad dessa referenser, om de överhuvudtaget tillfrågats, har svarat. Skanska har i denna del endast tagit del av kommunens egen bedömning. – I domskälen skriver länsrätten att kommunen lämnat en godtagbar förklaring till varför Skanska tilldelats en lägre poäng. Som det får förstås är denna förklaring kommunens påstående om att den vid upprepade tillfällen under den gångna avtalsperioden påtalat att kvaliteten på de av Skanska utförda uppdragen inte varit till belåtenhet. Det är förvisso riktigt att kommunen framfört vissa synpunkter, men dessa berör endast fem projekt av totalt 272 stycken, eller mind-

re än två procent. I tre av de fem projekten har dessa marginella brister rättats till och vad avser de andra två finns en överenskommelse med kommunen att hålla dessa under uppsikt. Kommunen har vidare erlagt full betalning för alla utförda och fakturerade arbeten. Så sent som den 9 februari 2009 har uppgetts att man var nöjd med samarbetet med Skanska. – Genom detta förfarande har Sjöbo kommun i praktiken tillskapat en ”fri prövningsrätt” och öppnat upp för möjligheten att i efterhand och på ett godtyckligt sätt anpassa utvärderingsmodellen för att därigenom fritt kunna välja entreprenör.

Sjöbo kommun anser att kammarrätten ska avslå överklagandet. Kommunen hänvisar till det som den tidigare anfört och tillägger i huvudsak följande. Kommunen har inte skapat någon ”fri prövningsrätt” med angiven utvärderingsmodell utan har klart och tydligt i förfrågningsunderlaget angett att ”Hög kvalitet på tidigare utförda liknande ombyggnader åt beställaren alternativt goda referenser/-vitsord på tidigare utförda likadana arbeten åt andra beställare = 5 poäng. Inga lämnade referenser vad avser entreprenörer som tidigare inte utfört denna typ av ombyggnader åt eller på annat sätt inte är kända av Sjöbo kommun = 1 poäng”. - Skanska är sedan lång tid kända för kommunen och redan vid föregående upphandling av beläggningsarbeten (för drygt två år sedan) fick Skanska en lägre poäng avseende kvalitet/referenser. Vid detta tillfälle fick Skanska 4,5 poäng av 5 möjliga och blev tilldelade kontrakt på två år med rätt för beställaren att förlänga detsamma med ytterligare två år. Denna optionsrätt valde kommunen att inte utnyttja, då man inte var nöjd med kvalitén på av Skanska utförda arbeten. Kommunen valde i stället att genomföra nu aktuell upphandling, där Skanska även denna gång erhållit en något lägre poäng avseende kvalitetsbedömningen, detta verifierat av det konstaterandet att Skanskas beläggningsarbeten håller en lägre kvalitet än övriga entreprenörer som kommunen anlitat. När det gäller referenstagningen har denna inte varit utslagsgivande utan har endast stärkt kommunens ställningstagande. Utvärderingsmodellerna i de båda beskrivna upphandlingarna var identiska. Skanska skriver även att det är marginella

brister som har påtalats. Men när en av Skanskas chefer uttalar sig enligt följande ”olyckligt att resultatet inte blivit som ni har beställt men funktionen finns där ändå” ställer sig kommunen frågande till detta uttalande, då Skanska uppenbarligen inte utfört uppdraget enligt beställningen. Samtidigt har Skanskas chef gett ett fritt tolkningsutrymme till underställd personal om hur beläggningsarbetena kan utföras ”bara funktionen finns där”. – Det stämmer att kommunen erlagt full betalning för alla utförda och fakturerade arbeten. Kommunen har blivit fakturerad 65 gånger under dessa två år som Skanska utfört beläggningsarbetena i kommunen. Kommunen räknar varje fakturerat arbete som ett projekt, alltså 65 stycken på två år. Kommunen har på dessa 65 projekt påtalat felaktigheter i ett antal av de utförda projekten (enligt ingiven bilaga). Under de två åren med Skanska som beläggningsentreprenör har kommunen haft betydligt fler klagomål från kommuninnevånare än tidigare. – Slutligen bestrids att kommunen har en överenskommelse med Skanska att hålla vissa projekt under uppsikt ävensom uttalandet angående samarbetet med Skanska.

Skanska har härefter anfört bl.a. följande. Det bestrids att Skanskas beläggningsarbeten på något sätt skulle utföras med lägre kvalitet än NCC. Det är ofrånkomligt att det under ett flerårigt samarbete uppkommer enstaka anmärkningar. Det faktum att full betalning erlagts i samtliga fall styrker i vart fall att det endast är fråga om marginella brister som kan bortses från. – Skanska ställer sig vidare frågande till kommunens nya uppgifter om referenstagningen. Kommunen har tidigare bara redogjort för sin egen bedömning avseende kriteriet ”kvalitet och referenser”. Skanska har därför konstaterat att kommunen på oklara och felaktiga grunder valt att bortse från de av Skanska åberopade referenserna. Kommunen skriver nu att referenstagningen inte varit utslagsgivande utan att den endast har stärkt kommunens ställningstagande. Tydligt har kommunen varit i kontakt med de av Skanska åberopade referenserna, vilket inte upplysts om eller redogjorts för tidigare. Självfallet ska referenstagningen dokumenteras och även redovisas. I brist på tydlig dokumentation

ska dessa referenser antas ha gett högsta betyg. Bristerna i referenstagningen ska resultera i att upphandlingen görs om (jfr Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1160-08). Det sagda styrker uppfattningen att det varit fråga om bristande transparens i upphandlingen. Hanteringen av de mjuka parametrarna har inneburit att kommunen tillskapat sig en ”fri provningsrätt” (jfr Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 6996-08). – Slutligen framhåller Skanska att även om förfrågningsunderlaget är oklart och därigenom försvårat kontrollen av huruvida frågorna varit hänförliga till kontraktet för upphandlingen eller inte visar kommunens redogörelse för påstådda brister att kriteriet ”kvalitet och referenser” inte har tillämpats på ett sätt som är förenligt med rättspraxis. En sammanblandning har skett mellan kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 3474-08).

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

En anbudsprövning består av två faser: kvalificeringsfasen, varvid anbudsgivarnas lämplighet kontrolleras utifrån kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderings- eller tilldelningsfasen, där tilldelning sker i enlighet med kriteriet lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06 (den s.k. Lianakis-domen) har lett till tolkningssvårigheter vad avser domstolens konstaterande att artiklarna 23.1, 32 och 36.1 i direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid upphandling av offentliga tjänster utgör hinder för att den upphandlande myndigheten under ett anbudsförfarande beaktar anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen inte med hänvisning till att dessa faktorer utgör ”kriterier för kvalitativt urval”, utan i stället till att de utgör ”kriterier för tilldelning”. Enligt kammarrättens mening var det uppenbart att de tilldelningskriterier som den grekiska kommunen hade använt inte kunde få beaktas i denna fas, eftersom kriteriet erfarenhet skulle bedömas mot

bakgrund av värdet av genomförda projekt, kriteriet personalstyrka och utrustning skulle bedömas i förhållande till personalgruppens storlek och slutligen kriteriet förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen skulle bedömas i förhållande till värdet på de åtaganden som företaget hade gjort. Kammarrätten tolkar domen på så vis att ”förbudet” mot att beakta anbudsgivarnas erfarenhet enbart gäller sådan erfarenhet som är relevant för att bedöma risken för att anbudsgivaren inte kommer att kunna genomföra det i upphandlingen aktuella projektet, vilken risk enbart ska bedömas i kvalificeringsfasen. Enligt kammarrättens mening innebär domen inte något hinder mot att poängsätta personalens erfarenhet och kompetens inom ramen för tilldelningsfasen om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivån på det som ska upphandlas.

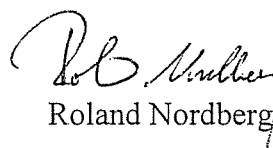
I förevarande upphandling av beläggningsarbeten är förfrågningsunderlaget emellertid bristfälligt i följande hänseenden. Tilldelningskriteriet Kvalitet och referenser/referensobjekt (delkriterium B) ska poängsättas sålunda: ”Hög kvalite på tidigare utförda liknande ombyggnader åt beställaren alternativt goda referenser/-vitsord på tidigare utförda likadana arbeten åt andra beställare” ger 5 poäng medan ”Inga inlämnade referenser vad avser entreprenörer som tidigare inte utfört denna typen av ombyggnader åt eller på annat sätt inte är kända av Sjöbo kommun” ger 1 poäng. Sjunkande linjär poängsättning tillämpas för de entreprenörer som inte uppnår förutsättningar för maxpoäng enligt ovan. Tilldelningskriteriet Erbjudna kompetenser/resurser (delkriterium C) ska poängsättas med 5 poäng för ”Kompetenser och resurser som väl tillgodoser den ombyggnad som anbudsfrågan avser” respektive 1 poäng för ”Inga inlämnade uppgifter på entreprenör typ antal anställda, arbetsledning, kvalitetsplan, miljöpolicy m.m. för entreprenör som tidigare inte utfört denna typen av ombyggnad åt eller på annat sätt inte är kända av Sjöbo kommun” samt sjunkande linjär poängsättning för dem som inte uppnår förutsättningar för maxpoäng. Enligt kammarrättens mening ger förfrågningsunderlaget ingen ledning för en anbudsgivare i vad som närmare avses med ”hög

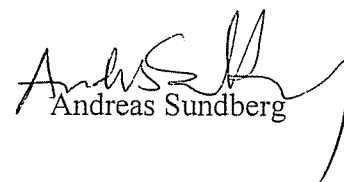
kvalite” respektive ”kompetenser och resurser som väl tillgodoser den ombyggnad som anbudsfrågan avser”. Principerna för poängsättningen ger därmed stort utrymme för godtycke och får anses medföra en i princip fri prövningsrätt för kommunen. Anbudsgivaren har saknat möjlighet att förutse vad som kan komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbudet. De vaga formuleringarna strider mot kraven på transparens och likabehandling, vilket innebär att Skanska kan ha lidit skada. Det finns därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Eftersom det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget är rättelse inte tillfyllest utan upphandlingen måste göras om. Överklagandet ska därför bifallas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga B (formulär 1)

  
Berit Nilsson

referent

  
Roland Nordberg

  
Andreas Sundberg







LÄNSRÄTTEN I  
SKÅNE LÄN  
Avdelning 1  
Ulf Fred

DOM  
2009-04-06  
Meddelad i  
Malmö

Bilaga A

Sida 1 (6)

Mål nr  
1634-09 E

**SÖKANDE**

Skanska Sverige AB, 556033-9086

Ombud: Bolagsjuristen Anders Lagerlund  
Skanska Sverige AB  
205 33 Malmö

**MOTPART**

Sjöbo kommun  
275 80 Sjöbo

**SAKEN**

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

---

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår Skanska Sverige AB:s yrkande om ingripande med stöd av LOU.

Dok.Id 216281

**Postadress**  
Box 4522  
203 20 Malmö

**Besöksadress**  
Kalendegatan 6

**Telefon**  
040-35 35 00  
**E-post:** lansratteniskane@dom.se

**Telefax**  
040-97 24 90

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

**YRKANDEN M.M.**

Skanska Sverige AB, i det följande Skanska, ansöker om överprövning av Sjöbo kommuns upphandling av beläggningsarbeten och yrkar att upphandlingen ska göras om. Det yrkas även att länsrätten omedelbart genom interimistiskt beslut ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Som grund för sin talan anför Skanska i huvudsak följande. När det gäller kriterierna kvalitet och referenser samt kompetenser och resurser är det Skanskas uppfattning att det är omöjligt att utläsa vad kommunen kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen. Det finns inga angivna underkriterier eller hur mätning kommer att ske. Än mindre transparent blir det om kommunen själv bedömer entreprenören. Processen förefaller vara skönsmässig och förfarandet framstår som ett exempel på fri prövningsrätt, vilket inte är tillåtet. Dessutom har en otillåten sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen gjorts. Bristerna är allvarliga varför upphandlingen måste göras om. Skanska har vidare haft att räkna med att poängsättning ska ske med hela eller halva poäng, dock inte med 4,73 poäng vilket NCC tilldelats för kriteriet pris. Sjöbo kommun har därmed frångått förfrågningsunderlaget i strid med bestämmelserna i LOU.

Sjöbo kommun bestrider Skanskas yrkande och anför i huvudsak följande. De poäng som Skanska erhållit är en sammanvägd bedömning som gjorts med utgångspunkt från kvalitetsbedömningar och referenstagning (tre stycken). Sjöbo kommun har vid upprepade tillfällen under den gångna avtalsperioden påtalat att kvaliteten på de av Skanska utförda uppdragen inte varit till belåtenhet. Skanska har därför tilldelats 4 av 5 möjliga poäng. Utvärderingsmodellen bygger på att anbud poängsätts i relation till varandra i fallande linjär skala med utgångspunkt från lägsta anbud respektive det anbud som överstiger lägsta anbud med 50 procent. Lägsta anbud får 5 poäng och anbud som överstiger lägsta anbudspris med 50 procent får 1 poäng. Anbud med pris däremellan får poäng linjärt, fördelat mellan 1 och

5 poäng. Därav följer att NCC fått 4,73 poäng. Poängsättning av kriterierna i övrigt sker i en skala mellan 1-5 poäng med även halva poäng. Hur poäng sätts och värdering sker framgår av bilaga 2 till de administrativa föreskrifterna. Någon koppling till övriga anbud finns inte i detta hänseende.

Länsrätten förordnade genom interimistiskt beslut den 23 februari 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

## DOMSKÄL

### Bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att länsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att länsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

### Gällande praxis

Enligt gällande praxis måste man vid upphandling skilja på vad som utgör upphandlingens kvalificeringsfas respektive utvärderingsfas. Det finns inte, vare sig i LOU eller i EG-domstolens praxis, något generellt förbud mot att beakta t.ex. referenser vid anbudsutvärderingen så länge som kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas för-

måga att utföra projektet ifråga kan däremot inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Till de senare räknas kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet (EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis, punkterna 30-31).

För att rätten ska kunna besluta om åtgärd enligt LOU måste det också konstateras att anbudsgivaren lidit eller kan komma att lida skada.

#### Värderingsgrunderna för upphandlingen

Värderingsgrunderna för prövning av anbudet i den aktuella upphandlingen framgår av de administrativa föreskrifterna, AFB.52 (sid. 7). Poängsättningen framgår av bilaga 2 till föreskrifterna.

Den valda utvärderingsmodellen bygger på tre inbördes viktade kriterier; anbudssumma viktat till 70 procent, kvalitet och referenser/referensobjekt viktat till 20 procent samt erbjudna kompetenser/resurser viktat till 10 procent. Kriterierna poängsätts i relation till varandra i fallande linjär skala med utgångspunkt från lägsta anbud respektive det anbud som överstiger lägsta anbud med 50 procent. Exempelvis får lägsta anbudspris 5 poäng och anbud som överstiger lägsta anbudspris med 50 procent får 1 poäng. Anbud med pris däremellan får poäng linjärt fördelat mellan 1 och 5 poäng.

#### Den genomförda poängsättningen

Länsrätten anser inte att det finns skäl för ingripande med stöd av LOU i denna del. Enligt länsrätten visar uppgifterna i målet att poängsättningen för kriterierna har skett efter den modell som finns för upphandlingen. Länsrätten anser inte heller att modellen för poängsättningen är otydlig eller oklar och att det av den anledningen finns skäl för ingripande.

Bedömning av kriterierna kvalitet och referenser/referensobjekt

Länsrätten anser inte att det finns skäl för ingripande med stöd av LOU i denna del. För kriterierna gäller att en bedömning ska göras hur anbudsgivaren tidigare utfört liknande ombyggnader. Länsrätten anser att kriterierna i den mening de fått kan användas som utvärdering i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Länsrätten anser inte heller att kriterierna är otydliga eller oklara. Sjöbo kommun har också lämnat en godtagbar förklaring till varför Skanska har tilldelats en lägre poäng.

Bedömning av kriterierna erbjudna kompetenser/resurser

Länsrätten anser inte att det finns skäl för ingripande med stöd av LOU i denna del. Kriterierna avser att bedöma antalet anställda, arbetsledning, kvalitetsplan, miljöpolicy m.m. Enligt länsrätten hänför sig visserligen kriterierna huvudsakligen till anbudsgivarens förmåga att utföra projektet ifråga och kan därför i sig inte anses utgöra kriterier för tilldelning utan ska i stället bedömas i upphandlingens kvalificeringsfas. Emellertid krävs för ett ingripande enligt LOU att det också kan konstateras att Skanska lidit eller kan komma att lida skada. Utredningen i målet visar därvid att Skanska fått högsta möjliga poäng för kriterierna varför det inte kan ha uppkommit en sådan skada.

Sammantaget medför det anförda att Skanskas yrkande om ingripande med stöd av LOU ska avslås.

Länsrättens interimistiska beslut av den 23 februari 2009 upphör därmed att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan angivna besvärstiden tre veckor.

