



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 20

DOM
 2019-11-22
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 23292-19
 23296-19

SÖKANDE

NCC Industry AB, 556302-3307

Ombud: Alicia Ahlberg
 NCC Industry AB
 170 80 Solna

MOTPART

Stockholms stad
 Trafikkontoret
 Box 8311
 104 20 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-11-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1164757

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd20.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Stockholms stad genomför två upphandlingar av ramavtal för beläggningsarbeten i innerstaden. En upphandling avser Stockholms innerstad och en upphandling Stockholms ytterstad (dnr T2019-01932 resp. T2019-01933). Upphandlingarna sker genom öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tre anbud kom in till stadens trafikkontor varav NCC Industry AB (NCC) och ytterligare en anbudsgivares anbud förkastades. I tilldelningsbeslut, som skickades till anbudsgivarna den 8 oktober 2019, beslutade Stockholms stad att tilldela PEAB Asfalt AB kontrakten.

NCC ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingarna inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att NCC:s anbud tas upp till utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingarna ska göras om.

Stockholms stad bestrider bifall till NCC:s ansökan om överprövning.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

NCC anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Av tilldelningsbesluten framgår att Stockholms stad anser att NCC:s anbud inte uppfyller samtliga krav i anbudsformulären varför NCC inte kvalificerat sig till nästa steg och därmed inte utvärderats i upphandlingarna. Stockholms stads beslut att inte utvärdera NCC:s anbud är dock felaktigt. I förfrågningsunderlaget har ställts krav på att fyra beläggningsarbeten ska ha utförts och att dessa ska uppfylla ställda mål/krav enligt referensblanketten. Det inte har dock inte ställts krav på att fyra undertecknade blanketter ska inlämnas med anbudet. NCC har under de tre senaste åren utfört minst fyra beläggningsentreprenader under en sammantagen 12-månadersperiod. NCC har även

åberopat och lämnat fyra referenser i sitt anbud. Tre referensblanketter har inlämnats. Den fjärde referensblanketten, som avsåg referensuppdrag åt trafikkontoret, skulle enligt förfrågningsunderlaget inhämtas av staden själv.

I punkten 4 i referensblanketten, samt i femte stycket punkt 2.2.4 i anbudsformuläret, anges att om anbudsgivaren har utfört uppdrag åt trafikkontoret kommer beställaren att inhämta en egen referens. Det framgår vidare att den referens som har inhämtats av staden kommer att utvärderas i enlighet med referensblanketten, dvs. staden tillser att betygsättning sker. Denna skrivning kan inte tolkas på något annat sätt än att för det fall ett uppdrag från trafikkontoret ska åberopas så är det inte längre anbudsgivaren som inhämtar referens eller tillser att referensblanketten fylls i, utan detta kommer i stället att göras av staden. NCC har således inlämnat samtliga referensuppdrag enligt krav i anbudsformulär och referensblankett. Staden har trots detta felaktigt förkastat NCC:s anbud vilket strider mot principerna om likabehandling och transparens.

För det fall förvaltningsrätten anser att NCC inte har inlämnat samtliga referensuppdrag enligt krav i anbudsformulär, är förfrågningsunderlaget inte tillräckligt tydligt utformat för att en leverantör ska kunna förstå hur referensuppdragen ska lämnas. Av anbudsformulär och referensblankett framgår att fyra referensuppdrag ska lämnas. Vidare anges att om uppdrag har utförts åt trafikkontoret kommer staden inhämta en egen referens. Detta kan tolkas, och har också tolkats, som att den anbudsgivare som ska åberopa en referens från trafikkontoret redovisar denna för staden som därefter tillser att betygsättning sker. Detta är den tolkning som gjorts av NCC då den fjärde referensen från trafikkontoret inlämnades genom den förklaring som bifogades anbudet. NCC:s tolkning av förfrågningsunderlaget var alltså att staden skulle inhämta referens från det angivna projektet åt trafikkontoret och att detta följaktligen inte skulle ske av anbudsgivaren.

Konsekvensen av att tolka förfrågningsunderlaget på så sätt att fyra betygsatta referensblanketter ska inlämnas direkt av anbudsgivaren trots att en av dessa referenser är ett uppdrag åt trafikkontoret, är att anbudsgivaren i stället kommer att bli betygsatt mot bakgrund av fem referenser i stället för fyra. En anbudsgivare som åberopar ett uppdrag åt trafikkontoret kommer alltid hamna i ett sämre läge än en annan anbudsgivare som åberopar referensuppdrag från andra beställare än trafikkontoret. En anbudsgivare som åberopar ett uppdrag från trafikkontoret kommer alltid att ha lämnat ett referensuppdrag i blindo, dvs. utan att veta resultatet av referenstagningen. Vid övriga referenstagningar har anbudsgivaren alltid en chans att, efter betygsättning, göra en bedömning av om lämnade betyg är tillräckligt bra för att inges till staden eller om en annan referens ska användas. Denna möjlighet är dock fråntagen anbudsgivare som önskar åberopa ett uppdrag från trafikkontoret, vilket strider mot principen om likabehandling.

NCC:s anbud har felaktigt förkastats i upphandlingarna, detta trots att anbudet uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlagen. Om kravet på referensuppdrag inte ska tolkas i enlighet med NCC:s tolkning har förfrågningsunderlagen varit otydligt upprättade. Bristerna i upphandlingarna har medfört att NCC förkastats och därmed har anbudet inte utvärderats. För det fall bristerna i upphandlingarna inte hade förelegat hade NCC:s anbud utvärderats i upphandlingen och därmed även konkurrerat om kontrakten. NCC har således lidit eller i vart fall riskerar att lida skada på grund av bristerna i upphandlingen.

Stockholms stad bestrider NCC:s ansökan om överprövning av följande skäl. Det finns inte stöd i upphandlingsdokumenten för att tolka kravet på det sätt som NCC gjort. Det framgår tydligt och kan inte missförstås att fyra referenser ska inhämtas och att det ska framgå att uppdragen ska uppfylla mål och krav enligt referensblanketten. Ingenstans framgår att endast tre referenser behöver inhämtas på föreskrivet sätt, om ett av referensuppdragen

är utförda åt trafikkontoret. Det bestrids också att en anbudsgivare som åberopar ett uppdrag åt trafikkontoret hamnar i ett sämre läge än en anbudsgivare som åberopar referensuppdrag från andra beställare än trafikkontoret. En anbudsgivare som lämnar ett referensuppdrag från trafikkontoret ska själv inhämta denna referens och redovisa betygssättningen på samma sätt som övriga referenser. På det sättet lämnas inte referensen från trafikkontoret i blindo. En av de fyra referenserna skulle mycket väl kunna vara från trafikkontoret varvid frågorna besvaras redan vid anbudslämnandet. Syftet med att staden inhämtar en egen referens om uppdrag utförts åt trafikkontoret är att staden vill försäkra sig om att få med sin egen erfarenhet av den anbudsgivande leverantören.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

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 ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Av 20 kap. 6 § LOU följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad NCC anfört är visat att staden brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att NCC har lidit eller kan komma att lida skada. De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Förvaltningsrättens bedömning

Uppfyller NCC de obligatoriska kraven i upphandlingarna?

Upphandlingarna avser beläggningsarbeten. I upphandlingarna ställs krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Som krav för att styrka sådan kapacitet har uppställts bland annat att leverantören ska uppge fyra referenser.

NCC:s anbud förkastades på grund av att kravet på referenser inte uppfylldes. Bolaget gör nu gällande att deras anbud inte borde ha förkastats utan att samtliga krav uppfyllts. Till anbuden har NCC bifogat tre ifyllda och betygsatta referensblanketter. Den fjärde referensen som NCC har åberopat är ett uppdrag som utförts åt trafikkontoret.

I anbudsformuläret för de två upphandlingarna under avsnitt 2.2.4 *Teknisk och yrkesmässig kapacitet* framgår följande.

2.2.4 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivare ska i anbudet kunna styrka att denne har resurser, kompetens och erfarenhet att organisera, utföra och följa upp entreprenaden enligt förfrågningsunderlagets ställda krav.

Anbudsgivare ska under de tre senaste åren ha utfört **minst fyra (4)** beläggningsentreprenader under en sammantagen 12-månadersperiod och utförts i stadsliknande miljö med blandad typ av trafikslag (gående, cyklist och motorfordon) varav **minst en (1)** beläggningsentreprenadskett i delvis högtrafikerad miljö. Beläggningsentreprenaderna får ej vara pågående. Omfattningen per beläggningsentreprenad ska vara minst 500 000 SEK och enbart avse liknande beläggningsarbeten som motsvarar i denna upphandling beskrivet uppdrag.

Uppdragen ska ha uppfyllt uppdragsgivarens ställda mål/krav enligt Referensblankett. Krav ställda i Referensblankett ska uppfyllas.

Samtliga uppgifter i referensblanketten ska vara ifyllda och blanketten ska vara undertecknad av referenspersonen.

Har anbudsgivaren utfört uppdrag åt Trafikkontoret kommer beställaren inhämta en (1) egen referens.

I referensblankett till anbudsformulär under avsnitt *Prövning av anbud* framgår bl.a. följande.

För att anbud ska gå vidare till utvärdering gäller att anbudsgivaren benämnd leverantör på referensblanketten, är godkänd vid tidigare utförda referensuppdrag.

För referenserna gäller följande:

- Anbudsgivaren ska i anbudet lämna referenser från **minst fyra (4)** referensuppdrag utförda under en sammantagen 12-månadersperiod och utförts i stadsliknande miljö med blandad typ av trafikslag (gående, cyklister och motorfordon) varav **minst en (1)** beläggningsentreprenad skett i minst delvis högtrafikerad miljö, enligt blankett nedan. Referensuppdrag får ej vara äldre än tre år.
- Inget kriterium i de inlämnade referenstagningarna får ha betyget "Icke godkänd" och/eller "Delvis godkänd".
- Erhålles betyget "Icke godkänd" och/eller "Delvis godkänd" uppfyller anbudsgivaren ej kvalificeringskrav och utesluts från upphandlingen.
- Har anbudsgivaren utfört uppdrag åt Trafikkontoret kommer beställaren inhämta en egen referens och inte heller i dessa får något kriterium ha betyget "Icke godkänd" och/eller "Delvis godkänd".

Anbudsformuläret anger de uppgifter som anbudsgivaren ska inge i anbudet för att kunna antas. Förvaltningsrätten konstaterar att det av punkten 2.2.4 i anbudsformuläret och den bifogade referensblanketten tydligt framgår att anbudsgivare ska lämna minst fyra referenser enligt blanketten. Vidare anges att samtliga uppgifter i referensblanketten ska vara ifyllda och att blanketten ska vara undertecknad av referenspersonen. I målen är ostridigt att NCC endast lämnat tre referenser på referensblankett och att den fjärde referensen, trafikkontoret, åberopats i separat bilaga. Denna referens är heller inte betygsatt eller undertecknad av referenspersonen. NCC har således inte redovisat referensuppdraget enligt anvisningarna, vilket varit ett krav för att gå vidare i upphandlingarna. Det saknar därför betydelse om NCC rent faktiskt har fyra referensuppdrag som skulle kunna uppfylla de ställda kraven, eftersom den fjärde referensen inte redovisats på korrekt och komplett sätt. Stockholms stad har därför haft rätt att förkasta NCC:s anbud.

Strider förfrågningsunderlaget mot någon av de grundläggande principerna i LOU?

NCC anför vidare att förfrågningsunderlaget inte är tillräckligt tydligt utformat för att en leverantör ska kunna förstå hur referensuppgifterna ska redovisas. Förfrågningsunderlaget har därför brustit i transparens och förutsebarhet.

NCC anför att utformningen av punkt 2.2.4 inte kan tolkas på annat sätt än att för det fall ett uppdrag från trafikkontoret ska återopas är det inte längre anbudsgivaren som inhämtar referens eller tillser att referensblanketten fylls i utan detta kommer i stället att göras av trafikkontoret.

Stockholms stad anför att det inte finns stöd i upphandlingsdokumenten för att tolka kravet på det sätt som NCC gjort. Det framgår tydligt och kan inte missförstås att fyra referenser ska inhämtas och att det ska framgå att uppdragen ska uppfylla mål och krav enligt referensblanketten.

Av principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte överträds (se rättsfallet RÅ 2002 ref. 50). Av EU-domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00, SIAC Construction Ltd).

Förvaltningsrätten bedömer att förfrågningsunderlaget visserligen hade kunnat utformas med större tydlighet men att det för en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare borde ha stått klart att det, genom vad som anges i punkt 2.2.4, föreligger ett krav på att på redogöra för fyra betygsatta referenser på referensblanketterna, detta oavsett om en av dessa referenser var trafikkontoret. Upphandlingsdokumenten kan därmed inte anses vara så otydliga i detta avseende att det finns skäl för ingripande med stöd av LOU.

NCC anför slutligen att en anbudsgivare som åberopar ett uppdrag åt trafikkontoret alltid kommer att hamna i ett sämre läge än en annan anbudsgivare som åberopar referensuppdrag från andra beställare än trafikkontoret. En anbudsgivare som åberopar ett uppdrag från trafikkontoret kommer alltid att ha lämnat ett referensuppdrag i blindo, dvs. utan att veta resultatet av referenstagningen. Förfrågningsunderlaget har därför upprättats i strid med principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet.

Stockholms stad anför att en anbudsgivare som lämnar ett referensuppdrag från trafikkontoret själv ska inhämta denna referens och redovisa betygs-sättningen på samma sätt som övriga referenser. På det sättet lämnas inte referensen från trafikkontoret i blindo. En av de fyra referenserna skulle mycket väl kunna vara från trafikkontoret varvid frågorna besvaras redan vid anbudslämnandet. Syftet med att staden inhämtar en egen referens om uppdrag utförts åt trafikkontoret är att staden vill försäkra sig om att få med sin egen erfarenhet av den anbudsgivande leverantören.

Av praxis följer att det inte finns något hinder för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser vid en prövning i kvalificeringsfasen av leverantörers tekniska och yrkesmässiga kapacitet. En sådan referenstagning måste dock framgå av upphandlingsdokumentet och ske på ett

objektivt sätt så att de grundläggande principerna inte överträds (jfr Kamrarrätten i Stockholms dom den 8 mars 2018 i mål nr 9-18).

I punkt 2.2.4 anges att beställaren kommer att inhämta en egen referens om anbudsgivaren utfört ett uppdrag åt trafikkontoret. En anbudsgivare har i regel kännedom om denne tidigare utfört arbeten för beställarna. Det måste därför anses förutsägbart huruvida en egenreferens kommer att användas. Förfrågningsunderlaget brister därför inte i transparens. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan inte heller den omständigheten att inte alla anbudsgivare utfört något tidigare uppdrag åt Stockholms stad innebära att kravet strider mot likabehandlingsprincipen. En generell möjlighet för Stockholms stad att beakta sin egen erfarenhet i de fall leverantören tidigare har utfört uppdrag av liknande art för staden måste enligt förvaltningsrättens mening anses vara ett rimligt och proportionerligt ställt krav. Anbudsgivaren har vidare möjlighet att själv inhämta och redovisa trafikkontoret som en av sina fyra referenser och kommer då inte att betygsättas i blindo eller betygsättas fler gånger än en anbudsgivare som inte utfört uppdrag åt beställaren. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller i denna del.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande enligt LOU. NCC har mot denna bakgrund inte heller lidit eller riskerat att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05)

Gustav Forsberg
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Amalia Malmberg har föredragit målen.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.