



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-05-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
24063-10
Enhet 13

1

KLAGANDE

Svenska RegMaster AB, 556376-6285

Ombud:

Advokat Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

Täby kommun

Ombud:

Advokat Jan Andersson och jur.kand. Maria Pedersen
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

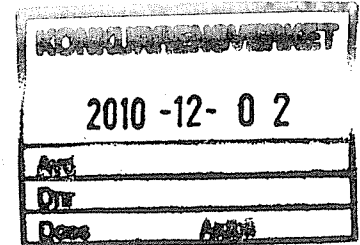
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 2 mars 2010 upphör
därmed att gälla.



Dok.Id 16739

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Täby kommun (kommunen) har inlett upphandling, i form av förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU, av generalentreprenad avseende om- och tillbyggnad av kök, diskrum och matsal i Skolhagenskolan i Täby kommun (Dnr 1/2010/21).

I tilldelningsbeslut avsänt den 22 februari 2010 beslutade kommunen att anta anbudet från Totalentreprenören i Norrtälje AB (TOTEK).

Förvaltningsrätten beslutade den 2 mars 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Svenska RegMaster AB (RegMaster) yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Upphandlingen har brutit i förutsägbarhet och transparens vad avser utvärderingen av anbudet. Det har även skett en sammanblandning av kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier på ett sätt som inte är tillåtet.

Utvärderingen av kriteriet "pris" har inte varit förutsägbart och transparent

RegMaster kan konstatera att den anbudssumma som angetts i anbudet varken för RegMaster eller för någon av de andra anbudsgivarna stämmer med det pris som kommunen har använt vid utvärderingen av anbudet. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget hur utvärderingspriserna kommer att beräknas eller hur kommunen har beräknat dem. I punkten AFB.52 i de Administrativa föreskrifterna anges i och för sig att ersättningskraven enligt AFC.611 kommer att beaktas vid beräkningen av lägsta pris. Det anges dock inte hur de kommer att beaktas. I AFC.611 anges hur ersättning

för ÄTA-arbeten ska beräknas. Inte heller där anges dock hur detta kommer att beaktas vid beräkningen av lägsta pris. Upphandlingen brister i denna del uppenbarligen i öppenhet, förutsägbarhet och transparens.

Det får anses uppenbart att det inte är tillräckligt att ange att ”ersättningskraven enligt AFC.611 [kommer] att beaktas”, utan att ange *hur* de kommer att beaktas. Enligt EG-domstolens praxis ska anbudsgivare underrättas om samtliga uppgifter som en upphandlande enhet kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra (se t.ex. C-532/06 *Lianakis* p. 36–37). Det går inte att utifrån kommunens förfrågningsunderlag förutse vilken vikt som kommer att tillmätas ersättningskraven enligt AFC.611. I detta avseende hänvisas till Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 4248-05 där rätten fastslog att det inte var förenligt med de grundläggande principerna om transparens och förutsägbarhet att inte ange uppskattad volym för tillägsarbeten i förfrågningsunderlaget. Det faktum att RegMasters anbud har lägsta pris även efter det att kommunen beaktat ”ersättningskraven enligt AFC.611” innebär inte att RegMaster inte har drabbats av någon skada. Om det hade framgått hur priset skulle utvärderas kan det inte uteslutas att RegMaster eller någon annan anbudsgivare hade prissatt sitt anbud på ett annat sätt, vilket hade kunnat påverka utgången av utvärderingen. RegMaster har därför drabbats av skada, eller riskerat att drabbas av skada, oavsett om bolaget tilldelats högsta poäng avseende kriteriet pris. EG-domstolens avgörande i *Lianakis* kullkastar Regeringsrättens tidigare avgörande RÅ 2002 ref. 50, vilket innebär att det inte är tillåtet för en upphandlande enhet att i efterhand fastställa viktning av underkriterier.

Utvärderingen av kriteriet "tekniskt kunnande" har inte varit förutsägbart och transparent

Det är oklart hur anbudsgivaren kommer att bedömas eftersom det enda som anges i förfrågningsunderlaget är att det kommer att ske en poängsättning på en femgradig skala mellan "undermåligt" och "mycket bra". Det framgår inte vad som krävs för att uppnå de olika poängerna. Ett otydligt kriterium som "tekniskt kunnande" blir inte tydligare genom att det anges lika otydliga underkriterier som "föreslagen organisations erfarenhet och kompetens samt beskrivna referensprojekt". Kriteriet uppfyller inte de krav som ställs på tydlighet avseende utvärderingskriterier.

Poängsättning av kriteriet "tekniskt kunnande"

Enligt anbudsutvärderingen har kommunen beaktat att arbetschefen inte har angivit någon utbildning, att platschefen endast har erfarenhet av Bygg sedan år 2006 och ingen erfarenhet av arbeten med kök samt att det inte har angivits några referenser. Det kan härvid noteras att arbetschefen började arbeta vid 17 års ålder, år 1982. Han har utbildat sig genom olika kurser och har lång erfarenhet som projektledare och arbetschef. Platschefen har fyra års erfarenhet av arbete som arbetsledare och platschef. Dessförinnan har han tagit en högskoleingenjörsexamen inom byggt teknik och design. Kravet från kommunen – att det ska finnas särskild erfarenhet från arbeten med kök – är inte proportionerligt.

Det framgår av det föreslagna ombudets meritförteckning att han har lång erfarenhet från arbeten som platschef och kontraktsansvarig för ett stort antal ramavtal. Bland de redovisade referensprojekten finns renoveringen av 18 skolkök åt Täby kommun år 2007 samt tillbyggnad av matlagningskök och ytskiktsrenoveringar åt en annan kommun år 2008. RegMaster har således erfarenheter från arbeten i skolkök och har också angivit referensobjekt. Mot denna bakgrund är kommunens poängsättning

av RegMaster avseende kriterierna "organisation" och "referensprojekt" felaktig.

Kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier

Det framgår av utvärderingen att RegMaster endast har fått 50 poäng av 100 möjliga för kriteriet organisation. Enligt AFB.52 ska inom ramen för "tekniskt kunnande" bedömas organisationens erfarenhet och kompetens, vilket ska styrkas genom CV och referenser. Detta utgör en tydlig sammanblandning mellan kvalifikationskriterier och utvärderingskriterier som inte är tillåten (se t.ex. C-31/87 *Beentjes*, *Lianakis* p. 31 samt Kammarrättens i Stockholm domar i målen 5512-08 och 3582-09). Därtill är det oklart hur anbudsgivaren kommer att bedömas då det enda som anges är att det kommer att ske en poängsättning på en femgradig skala mellan "undermåligt" (0 poäng) och "mycket bra" (100 poäng). Vad som krävs för att uppnå de olika poängen framgår inte.

Utöver föreslagen organisations erfarenhet och kompetens ska också beskrivna referensobjekt betygsättas med samma skala. Även detta är uppenbarligen en sammanblandning av kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier. Vad som krävs för att erhålla de olika poängen framgår inte heller. Därtill synes samma sak värderas två gånger då referenser även var en del av utvärderingen av den föreslagna organisationen. EG-domstolen har i mål C-199/07 *ERGA* återigen slagit fast att erfarenhet från likartade projekt inte kan användas som tilldelningskriterium. Såvitt RegMaster känner till har kommunen inte kontaktat några referenspersoner. Om några sådana kontakter har tagits har utvärderingen inte varit förutsägbar för anbudsgivarna eftersom ett sådant förfarande inte framgått av förfrågningsunderlaget.

Kommunen bestrider bifall till RegMasters ansökan och anför bl.a. följande.

Utvärdering av priset

RegMasters talan avseende utvärdering av kriteriet pris ska inte tas upp till prövning eftersom bolaget har tilldelats högsta möjliga poäng i detta avseende. Upphandlingen har därför inte gått RegMaster emot i denna del.

I förfrågningsunderlaget anges tydligt vid AFB. 52 att "vid beräkning av lägsta pris kommer även ersättningskraven enligt AFC. 611 att beaktas". Detta innebär att den anbudssumma som anbudsgivarna angett kan komma att justeras. Av RÅ 2002 ref. 50 följer att det faktum att upphandlande myndighet inte tydligt angett hur ett kriterium kommer att beaktas inte innebär att upphandlingen har skett i strid mot transparensprincipen. Vad som är avgörande är om det av förfrågningsunderlaget framgår vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbuderna och att utformade krav gäller på lika villkor för samtliga anbudsgivare. Utvärderingskriterierna i nu aktuell upphandling har i sig inte förhindrat anbudsgivarna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det kan konstateras att inget anbud, på grund av kommunens beräkningsmodell, har fått en sämre rangordning gentemot andra anbudsgivares anbud.

Kvalificering och utvärdering

I de Administrativa föreskrifterna AFB.52 anges vad som ska tillmätas betydelse inom ramen för tekniskt kunnande. Vare sig Beentjes-domen eller Lianakis-domen innebär något hinder mot att poängsätta organisationens erfarenhet och kompetens inom ramen för tilldelningsfasen om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivån på det som ska upphandlas. Det är sannolikt inte möjligt att helt särskilja kvalificeringskriterier från utvärderingskriterier och EG-domstolen uttalade i Lianakis-domen att de olika kriterierna bör hållas isär. I den nu aktuella

upphandlingen har anbudsgivarens utformning av organisationen beaktats, vilket syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för den tjänst som anbudsgivarna erbjuder. Den referensupptagning som har skett har syftat till att utröna hur anbudsgivaren tidigare utfört tjänster och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten vilket, enligt Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7332-08, är förenligt med LOU. Det som inte är tillåtet enligt LOU och Lianakis-domen är att i utvärderingen utvärdera förmågan att kunna utföra uppdraget. I och med att en anbudsgivare har kvalificerats har anbudsgivaren möjlighet att utföra arbetet. Sådana hänsyn har inte beaktats vid utvärderingen i den nu aktuella upphandlingen eftersom det skett vid kvalificeringen, vilket framgår av kommunens skrift "Utvärdering steg 1". RegMaster har åberopat Kammarrätten i Stockholms domar med mål nr 5512-08 och 3582-09. I det förstnämnda målet hade den upphandlande myndigheten felaktigt uppställt utvärderingskriterier i utvärderingen vilka avsåg sådana allmänna krav som typiskt sett är avsedda att fastställa om en anbudsgivare har möjlighet att genomföra ett projekt. Sådana krav har inte ställts i den nu aktuella upphandlingen och domen har således ingen relevans i detta mål. I den sistnämnda domen ansåg kammarrätten att de uppställda kraven, som t.ex. engagemang och totalintryck, avsåg anbudsgivarnas förmåga och kapacitet att utföra uppdraget och därför var hänförliga till kvalificeringsfasen.

Viktning

I föreskrifterna anges en skala med 100 poäng för mycket bra, 75 poäng för bra, 50 poäng för acceptabelt, 25 poäng för mindre bra och 0 poäng för undermåligt. Kommunen har även angett att bedömningen ska multipliceras med viktprocent 25 %. Kommunen ifrågasätter att det skulle vara nödvändigt med en närmare specificering i denna del för att anbudsgivarna ska kunna utforma konkurrenskraftiga anbud. Oavsett om kommunen inte har specificerat vad som avses med mycket bra o.s.v. måste det stå helt klart att värdet undermåligt kommer att tilldelas lägre

poäng än mindre bra och att mycket bra kommer att tilldelas högre poäng än bra. Den utvärderingsmodell som kommunen valt är med god marginal tillräckligt tydliggjord för att varje anbudsgivare med visst tekniskt kunnande ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Utvärdering tekniskt kunnande

I aktuell upphandling har fem leverantörer lämnat anbud. Ingen av anbudsgivarna har ställt några frågor eller på annat sätt informerat kommunen om oklarheter i förfrågningsunderlaget.

Kommunens poängsättning tekniskt kunnande

RegMaster har inte lämnat några referenser i sitt anbud. Det kan därför inte göras någon annan bedömning än att RegMaster ska tilldelas noll poäng i den delen. RegMaster har tilldelats 50 poäng avseende tekniskt kunnande. Av RegMasters anbud har inte framgått att refererad arbetschef har behörig utbildning eller vilken utbildning han har. RegMaster har i sitt anbud redogjort för tidigare projekt vilket inte är att jämföra med referenser.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 2 kap. 24 § LOU anges att med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

I 15 kap. 3 § LOU anges att en offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU får en upphandlande myndighet begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 15 kap. 16 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket.

I 12 kap. 1 § andra stycket LOU anges att vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska den upphandlande myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

I 16 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I punkten AFB.52 "Värderingsgrunder vid prövning av anbud" i förfrågningsunderlaget anges följande:

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt nedan angivna utvärderingskriterier.

Kriterier	Viktprocent
1. Pris	75 %
2. Tekniskt kunnande	25 %

Priskriteriet kommer att beräknas enligt följande:

Lägsta pris erhåller 100 poäng. Övriga anbudsgivares pris sätts i relation till lägsta pris (lägsta pris divideras med aktuellt pris och kvoten multipliceras med 100). Poängen multipliceras sedan med viktprocent 75 %. Vid beräkning av lägsta pris kommer även ersättningskraven enligt AFC. 611 att beaktas.

Inom ramen för tekniskt kunnande bedöms:

* Föreslagen organisations erfarenhet och kompetens (styrks genom att CV, referenser)

* Beskrivna referensprojekt

Respektive bedöms med ett värde mellan 0 till 100.

Bedömningen multipliceras sedan med viktprocent 25 %.

1. Mycket bra	100 poäng
2. Bra	75
3. Acceptabelt	50
4. Mindre bra	25
5. Undermåligt	0

Anbud som inom något område erhåller 0 poäng kommer inte att godtas.

I punkten AFC.611 "Ersättning för ÄTA-arbeten" anges följande:

MER 2002 Hus samt MER 2002 Anläggning skall tillämpas som mätregler för tilläggs- och ändringsarbeten.

Reglering enligt självkostnadsprincipen

Ändrings- och tilläggsarbeten redovisas med kalkyl som byggs upp med hjälp av de regler som gäller för löpande räkning och i den mån det är möjligt med hjälp av lämnade å-priser.

Underlag för beräkning av sådan ersättning lämnas i anbud enligt A-C nedan:

A. Kostnaderna för punkterna 2, 4, 6, 7 och 8a ersätts med ett arvode utgörande i anbud angiven procent beräknat på kostnaderna enligt punkt 1.

B. Kostnaderna för punkterna 2, 4, 6, 7 och 8a ersätts med ett arvode utgörande i anbud angiven procent beräknat på kostnader för punkt 5, exkl kostnad för punkt 3.

C. Entreprenörarvode enligt punkt 8b ersätts med i anbud angiven procent.

Debiteringsnormer

Debiteringsnormer skall gälla såväl tilläggs- som avdragsarbeten.

Timpriser för olika yrkeskategorier skall omfatta timersättning, samtliga påslag för sociala kostnader, resor, restidsersättning och traktamenten, allmänna arbeten, allmänna hjälpmedel, arbetsledning, övriga omkostnader, räntor, administration samt vinst. Timpriserna skall vara

- fasta utan indexreglering under hela entreprenadtiden.

Material ersätts med verifierad självkostnad samt med i anbud angiven procentsats för täckande av samtliga omkostnader och vinst.

Debiteringsnormer för samtliga yrkeskategorier skall bifogas anbudet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Utvärdering av kriteriet ”tekniskt kunnande”

RegMaster har huvudsakligen anfört att det varit oklart vad som avsetts med kriteriet tekniskt kunnande samt att det inte framgått vad som krävs för att erhålla de olika omdömena, t.ex. omdömet ”mycket bra” som ger 100 poäng före viktning.

Förvaltningsrätten konstaterar att kriteriet tekniskt kunnande, och poängsättningen som är knuten till kriteriet, kan upplevas av anbudsgivarna som något oprecist. Bristerna härvidlag är emellertid inte sådana att kommunen kan anses ha brutit mot LOU genom sin utvärdering (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Poängsättning av kriteriet ”tekniskt kunnande”

RegMaster har i anbudsutvärderingen tilldelats 50 poäng för organisation och 0 poäng för referensprojekt. I utvärderingen anges att RegMaster har en acceptabel organisation men att ingen utbildning är angiven på arbetschefen, endast kurser. Vidare anges att platschefen endast har erfarenhet inom bygg från år 2006 och ingen angiven erfarenhet från arbeten med kök. Slutligen anges att RegMaster inte har lämnat några referenser.

Vid jämförelse med övriga lämnade anbud finner förvaltningsrätten inte skäl att ifrågasätta kommunens poängsättning vad gäller organisation. RegMaster har inte angett några referensprojekt och kan därför inte tilldelas några poäng i denna del. Sammantaget har kommunen således inte brutit mot LOU vid sin poängsättning av kriteriet tekniskt kunnande.

Sammanblandning av kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier

RegMaster har anfört att kommunen har sammanblandat kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier genom att inom ramen för utvärderingskriteriet tekniskt kunnande bedöma organisationens erfarenhet och kompetens.

EG-domstolen (numera EU-domstolen) har i mål C-532/06 *Lianakis* uttalat att kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Under punkt AFB.51 i förfrågningsunderlaget uppställs som krav att anbudsgivaren bl.a. ska ha en organisation som är anpassad för projektet. Detta krav har RegMaster ansetts uppfylla. RegMaster har således ansetts ha den organisation som krävs för att kunna leverera den upphandlande tjänsten. Vad beträffar utvärderingskriteriet tekniskt kunnande, organisationens erfarenhet och kompetens, är detta enligt förvaltningsrättens mening inte att bedöma som ett kvalificeringskrav. Kriteriet syftar inte till att bedöma anbudsgivarens förmåga att utföra tjänsten utan till att bedöma vilken kvalitet den levererade tjänsten kommer att hålla. Kriteriet har således till syfte att urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Någon sammanblandning har därmed inte skett. Inte heller vad gäller beskrivna referensprojekt kan någon sammanblandning med kvalificeringskrav anses ha skett. Det har därmed inte skett något sammanblandning av kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier i strid med LOU.

Utvärdering av kriteriet "pris"

I punkten AFB.52 i förfrågningsunderlaget anges att vid beräkning av lägsta pris kommer även ersättningskraven enligt AFC.611 att beaktas. RegMaster har lämnat det lägsta priset, även efter uppräknings av priset enligt AFC.611, och erhållit maximala 75 poäng vad avser kriteriet pris.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte på vilket sätt punkten AFC.611 kan komma att påverka poängsättningen vad avser pris. RegMaster och de andra anbudsgivarna har därmed inte haft möjlighet att justera sina anbud avseende anbudssumma samt ändrings- och tilläggsarbeten för att på så sätt erhålla så många poäng som möjligt i relation till konkurrerande leverantörer. Den allvarliga bristen på öppenhet och transparens vad gäller kriteriet pris har inneburit att RegMaster lidit eller kunnat komma att lida skada. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A)

Christian Finnerman

Fiskal

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Elisabeth Gartmo.