



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2014-11-18
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
20859-14

SÖKANDE

AK-konsult Indoor Air Aktiebolag, 556394-3249

Ombud: Advokat Markus Östlund
Appelli Advokater AB
Box 1305
791 13 Falun

MOTPART

Skolfastigheter i Stockholm AB, 556034-8970

Ombud: Malin Lindvall
c/o Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-11-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

YRKANDEN M.M.

Skolfastigheter i Stockholm AB (SISAB) genomför en upphandling av ramavtal fuktskadeutredare (dnr 00138-2011-03) enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut daterat den 27 augusti 2014 framgår att AK-konsult Indoor Air Aktiebolag (bolaget) inte är en av de fyra anbudsgivare som tilldelats kontrakt.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget ska tilldelas kontrakt. Grunderna för ansökan är följande. Det har skett en sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen. Utvärderingsmodellen brister i transparens. Anbudsgivare som inte uppfyller upphandlingens skalkrav har antagits och anbudsgivare har getts tillfälle att komplettera sitt anbud i strid med LOU. Det sätt på vilket SISAB genomfört upphandlingsprocessen har medfört att bolaget lidit skada eller kunnat komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Frågan i målet är om det utifrån vad bolaget har framfört finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs att bolaget kan visa att det har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Sammanblandning av utvärderings- och kvalificeringsfasen?

Bolaget anför att det har skett en sammanblandning av utvärderings- och kvalificeringsfasen. Referensupptagningen har helt hänfört sig till fuktskadeutredarnas kvalifikationer och inte till hur väl föremålet för upphandlingen kunnat genomföras. De frågeställningar som referensen haft att svara på har uteslutande hänfört sig till kriterier kring konsultens erfarenhet, kvalifikationer och personliga egenskaper. Kriterier som avser en anbudsgivares tidigare utförda kontrakt eller anbudsgivarens organisation i allmänhet är frågor som visar på anbudsgivarens allmänna förmåga. Vidare är de fuktskadeutredare som är anställda hos företaget att betrakta som del av företagets resurser. Frågeställningarna i referensblanketten har specifikt avsett frågor rörande offererade fuktskadeutredare, dvs. i förlängningen en fråga om bolagets resurser.

SISAB anför att frågeställningarna inte har avsett leverantörens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana utan har istället varit hänförliga till den tjänst som är föremål för upphandlingen. I tjänsteupphandlingar av det här slaget är konsultens skicklighet, effektivitet och tillförlitlighet avgörande för kvaliteten på den tjänst som erbjuds. Referenstagningen har syftat till att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras, dvs. kvaliteten på tjänsten, och därigenom även till att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Frågorna är inte övergripande och allmänna utan preciserade till ett antal för kvaliteten avgörande faktorer.

Av 12 kap. 1 § LOU framgår bland annat följande. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska 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.

EU-domstolen har i mål C-532/06, Lianakis, uttalat följande. Kontrollen av anbudsgivares lämplighet och tilldelning av kontrakt är två skilda moment. Vid kontrollen av anbudsgivares lämplighet ska den upphandlande myndigheten utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet (kallade kriterier för kvalitativt urval). Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga utgör kriterier som avser anbudsgivarnas lämplighet, dvs. kriterier för kvalitativt urval och således inte det andra momentet, kriterier för tilldelning.

Något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen kan inte utläsas vare sig i LOU eller av EG-domstolens praxis så länge som dessa kriterier syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvall mål nr 3474-08 och Kammarrätten i Göteborg mål nr 7332-08). Avgörande för om ett kriterium är kvalificeringskriterium eller tilldelningskriterium är om kriteriet är kopplat till anbudsgivarens förmåga som sådan att utföra tjänsten - dvs. om det utgör en bedömning av resurser och/eller kompetens - eller om det avser att bedöma själva tjänstens utförande, dvs. hur tjänsten utförs (Kammarrätten i Göteborg mål nr 6411-08).

Enligt förvaltningsrätten har de frågor som referenserna haft att besvara avsett hur väl de offererade konsulterna tidigare utfört sina tjänster och hur nöjda kunderna har varit avseende ett antal punkter bl.a. konsultens samarbetsförmåga, förmåga att kommunicera, förmåga att hålla avtalade tider m.m. Enligt förvaltningsrätten avser de uppställda frågorna inte konsultens allmänna förmåga att klara tjänsten som sådan utan de syftar till

att bedöma hur väl tjänsten kan komma att utföras. Frågorna hänför sig således inte till anbudsgivarens allmänna resurser eller kapacitet att utföra tjänsten. Någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen i strid mot LOU har därmed inte skett och det finns inte skäl för ingripande pga. vad bolaget har anfört i denna del.

Brister utvärderingsmodellen i transparens?

Bolaget anför att utvärderingsmodellen brister i transparens och gör gällande följande. Varken förfrågningsunderlaget eller referensblanketten ger någon ledning för respektive referens vad som ska vägas in för att en konsult ska erhålla en viss poäng. Anbudsgivarna har därför varit utelämnade till godtycklighet. Betydande utrymme överlämnas till referensen att ange en helt subjektiv uppfattning kring betyget. Någon ledning kring vilka kriterier eller vilka situationer som ska föreligga för att exempelvis betyg 4, 5 eller 6 ska erhållas finns vare sig i förfrågningsunderlaget eller i de enskilda referensblanketterna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Eftersom poängsättningen sker genom att referenser ska besvara frågor om hur nöjda de är med konsulternas tidigare uppdrag går det inte att undvika att utvärderingen ges ett visst subjektivt inslag. Av praxis framgår att det är tillåtet att använda ett visst mått av skön vid utvärderingen av anbudens kvalitet (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2130-12). Förvaltningsrätten anser att även om det i förfrågningsunderlaget inte närmare anges hur ett tidigare uppdrag ska ha utförts för att tilldelas de respektive poängen, är förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna ska förstå vad myndigheten efterfrågar och gynnar vad gäller kvalité på utförandet av tjänsten. Av de olika frågorna framgår vilka moment i tjänstens utförande som utvärderas och poängsätts. Det framgår även vilken poäng som

motsvarar godkänt. Det har enligt förvaltningsrätten inte framkommit skäl för ingripande pga. vad bolaget har anfört i denna del.

Ska-krav

Dry-It AB

Bolaget anför att Dry-It AB:s anbud har särbehandlats och antagits trots att det inte har uppfyllt alla ska-krav. De har visserligen offererat två konsulter men enligt uppgift arbetar en av konsulterna, Sofia Johansson, numera på SISAB.

SISAB anför följande. Dry-It har offererat två konsulter. Det har under processens gång inte framkommit något som gett SISAB anledning att tro att Sofia Johansson inte skulle stå till förfogande för Dry-It i enlighet med vad som har offererats i anbudet. Vid anbudstidens utgång var Sofia Johansson anställd vid Dry-It. Det följer även av förfrågningsunderlaget att offererade och godkända personer som slutar kan ersättas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Bolaget har inte preciserat på vilket sätt den offererade konsultens anställning på SISAB skulle ha medfört att Dry-It särbehandlats gentemot andra anbudsgivare. LOU innehåller inte några bestämmelser som reglerar jävssituationer.

Jävsinvändningar får istället bedömas utifrån de grundläggande EU-rättsliga principerna, främst likabehandlingsprincipen (jfr Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2458-11). Upphandlingen har inte uppställt något hinder för att en offererad konsult vid tillfället för överprövning har anställning hos den upphandlande myndigheten. Förvaltningsrätten finner att det inte framkommit några omständigheter som talar för att den aktuella konsultens anställning på SISAB skulle ha medfört att Dry-It erhållit konkurrensfördelar gentemot andra anbudsgivare. Det saknas därmed skäl för ingripande pga. vad bolaget har anfört i denna del.

SWECO Structures AB

Bolaget anför att SWECO Structures AB:s två offererade konsulter inte är "Byggdoktorer" utan istället "Diplomerade fuktsakkunniga". En byggdoktors huvudfokus ligger på att göra fuktskadeutredningar i byggnader för att utreda orsak och omfattning samt föreslå åtgärder för redan uppkomna skador. En diplomerad fuktsakkunnig arbetar dock främst inom nyproduktion av byggnader och således inte med frågeställningar kring äldre byggnaders fuktproblematik. En fuktsakkunnig är byggherrens sakkunnige vilken ska säkerställa rutiner för fuktsäkerhet enligt krav i Boverkets byggregler och med huvudsaklig inriktning på att förhindra uppkomst av skadlig fukt i byggnader. Det föreligger därmed en betydande skillnad mellan en byggdoktor och en diplomerad fuktssakkunnig.

SISAB anför att det stämmer att de av Sweco Structures offererade konsulterna inte är byggdoktorer. SISAB gjorde bedömningen att båda konsulternas kunskapsprofil och erfarenheter av skadeutredningar redovisade under andra krav, som helhet, uppfyllde kravet på "motsvarande kunskaper". Att konsulterna hade motsvarande kunskaper bedömdes främst utifrån de bilagor som gavs in avseende konsulterna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren ska offerera minst två konsulter samt att konsulten ska vara "godkänd byggdoktor eller ha motsvarande kunskaper". Detta ska enligt förfrågningsunderlaget verifieras genom kursintyg från Byggdoktorutbildning eller beskrivning av hur likvärdiga kunskaper har inhämtats. Förvaltningsrätten bedömer att såvitt framgår av handlingarna i målet har båda Sweco Structures offererade konsulter relevant erfarenhet. SISAB har hänvisat till bilagor till Sweco Structures anbud av vilka det framgår följande. Johan Haglund har under 2011-2013 genomfört flera fuktutredningar och uppdrag omfattande beräkning av uttorkningshastighet. Uppdragen har genomförts på bland annat Danderyds gymnasium, nya

Karolinska sjukhuset i Solna och Stockholms Centralstation. Mathias Karlsson har under perioden 2011-2014 haft uppdrag som innefattat genomförande av fuktmätning, utredning av luktproblem samt utredning av fuktskador. Uppdragen har genomförts på bland annat Täby idrottsplats, Lunds Universitet samt St. Görans sjukhus. Flera av de uppdrag Sweco Structures offererade konsulter har haft har gällt redan uppkomna skador där uppdraget varit att göra en fuktutredning, identifiera problem och uppkomst samt föreslå åtgärder. Det har enligt förvaltningsrätten inte framkommit på vilket sätt arbete med främst nya byggnader skulle innebära att en fuktsakkunnig inte har kunskaper motsvarande en byggdoktors. Sammanfattningsvis finner rätten att SISAB inte har brutit mot LOU genom att ha kvalificerat och utvärderat Sweco Structures anbud.

Kompletteringar av anbud

Bolaget anför att SISAB har brutit i sin likabehandling av samtliga anbudsgivare. SISAB har begärt utveckling och förtydliganden kring Grontmij AB:s respektive Hifab AB:s konsulter. Begäran om förtydliganden har skett under kvalifikationsfasen rörande uppställda ska-krav i förfrågningsunderlagets punkt AUB.51. Efter att tilldelningsbeslut har meddelats har det framkommit att SISAB även ansett att det under kvalificeringsfasen förelegat oklarheter kring vissa av de fuktskadeutredare som bolaget offererat. SISAB har trots dessa oklarheter valt att inte begära kompletteringar från bolaget utan istället diskvalificerat dessa fuktskadeutredare med hänvisning till bristande ska-krav avseende yrkesmässig kapacitet. Det kan även ifrågasättas om Grontmij och Hifab har uppfyllt ställda ska-krav i upphandlingen utifrån att SISAB har varit tvungna att begära in kompletteringar från nämnda bolag för att de offererade konsulterna skulle anses kvalificerade. Utan de av SISAB efterfrågade kompletteringarna hade Grontmij och Hifab inte kunnat anses

ha offererat två konsulter och bolagen skulle då ha uteslutits från att gå vidare till utvärderingsfasen.

SISAB anför följande. Anbudsgivarna har behandlats lika. Anbudsgivare har fått förtydliga sitt anbud och för bolagets del har det gällt referensuppgifter för de konsulter som godkänts i kvalificeringsfasen. För Grontmij's del var det fråga om förtydliganden av redan ingivna uppgifter. Hifab har inte tilldelades något kontrakt och bolaget har därmed inte lidit skada eller riskerat att lida skada till följd av den påstådda överträdelsen kopplade till det anbudet.

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får en upphandlande myndighet begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

I mål C-87/94, Wallonska bussarna, anförde Generaladvokaten i sitt förslag till avgörande att termen "förtydliga" avser detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva det aktuella föremålet eller att med större exakthet definiera det. Vad gäller termen "komplettera" avser det enligt Generaladvokaten i stället möjligheten att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte funnits. Gemensamt för de två termerna, anförde Generaladvokaten, är att det inte handlar om att ersätta tidigare lämnade uppgifter med nya utan att konkretisera dem på något sätt.

Obligatoriska uppgifter som helt utelämnats i ett anbud har inte ansetts kunna kompletteras (se t.ex. Kammarrätten i Stockholm mål nr 3378-08). Bristande uppfyllselse av obligatoriska krav har ansetts inte kunna läkas genom förtydligande eller komplettering (Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2147-11).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Bestämmelsen i 9 kap. 8 § LOU innebär att det finns en möjlighet för upphandlande myndighet att begära in kompletteringar. Det föreligger dock inte någon skyldighet att göra det. Det förhållandet att SISAB inte har begärt in kompletteringar från bolaget gällande punkt AUB 51 i förfrågningsunderlaget gör inte att grund för ingripande med stöd av LOU föreligger. Frågan är då om det har stridit mot LOU att begära in kompletteringar av två andra anbudsgivare, Grontmij och Hifab.

Av handlingarna i målet framgår att SISAB bett Grontmij förtydliga sitt anbud avseende konsulten Malin Christersson gällande kursintyg från åberopad utbildning samt avseende konsulten Love Lagercrantz avseende krav C2.

Såvitt framkommit har Grontmij för en av sina offererade konsulter, Malin Christensson, inkommit med ett intyg som redan tidigare inlämnats. Det kan således inte anses ha skett någon otillåten komplettering i denna del. Vad gäller den andra av Grontmij offererade konsulten, Love Lagercrantz, har det handlat om förtydligande av ett uppdrag. Det har i målet inte framkommit hur Love Lagercrantz uppdrag beskrevs i anbudet, innan det gjorda förtydligandet. Det har enligt förvaltningsrätten inte framkommit att Grontmij uppfyllde det aktuella ska-kravet först genom förtydligandet eller att tidigare lämnade uppgifter ersatts med nya. Mot denna bakgrund har bolaget inte visat att det har funnits risk för särbehandling och att kompletteringen därmed har skett i strid mot likabehandlingsprincipen.

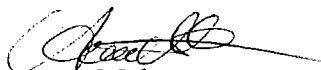
Bolaget har åberopat en bilaga där det framgår vilka kompletteringar Hifab har gjort. Det framgår dock inte någonstans av handlingarna hur Hifabs anbud såg ut innan kompletteringen. Bolaget har således inte visat att Hifab uppfyllt obligatoriskt krav först efter kompletteringen. Vidare konstaterar rätten att Hifab inte har tilldelats kontrakt i upphandlingen.

Bolaget har därför inte heller kunnat lida skada av påstådda brister i Hifabs
anbud.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att
det finns skäl för ingripande enligt LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns
i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Anna Malmström

Förvaltningsrättsfiskal

Charlotte Wallberg har föredragit målet.