



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

DOM
2016-12-19
Meddelad i Stockholm

Mål nr
19659-16

Avdelning 33

SÖKANDE

Rydbergs Bygg AB, 556613-8664
Företagsvägen 20
611 45 Nyköping

MOTPART

Statens Fastighetsverk
Box 2263
103 16 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016-12-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om ingripande enligt LOU och beslutar att Statens Fastighetsverks upphandling av Residenset Nyköping anbud kök och option lägenhet (dnr 223-367/15), ska göras om.

Dok.Id 794948

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag-fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Statens fastighetsverk (SFV) genomför en upphandling av Residenset Nyköping Anbud kök och option lägenhet (dnr 223-367/15). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. I tilldelningsbeslut den 2 september 2016 beslutade SFV att tilldela kontraktet till annan anbudsgivare än Rydbergs Bygg AB (Rydbergs).

Rydbergs ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen rättas på så sätt att en ny prövning av inkomna anbud ska göras. I andra hand yrkar Rydbergs att upphandlingen ska göras om. Rydbergs anför i huvudsak följande. Om omdömen som lämnas vid referenstagningen används vid utvärderingen får det enbart ske för att bedöma om ett visst kriterium har uppfyllts. Referens som syftar till att bedöma anbudsgivarens erfarenhet, kompetens och förmåga rent generellt får inte användas som tilldelningskriterium vid utvärderingen eftersom det får anses tillhöra kvalificeringen av anbudsgivarna.

I punkt AFB.53 i de administrativa föreskrifterna finns uppgift om referenstagning som utvärderingskriterium. Förfrågningsunderlaget beträffande referenstagningen i kriterium 1 och 2 strider mot LOU. Förfrågningsunderlaget möjliggör en generell tillämpning vilket inte är tillåtet. Om referenser ska tas bör det tydligt framgå vad referenserna ska uttala sig om. En referens torde ha en mycket begränsad möjlighet att besvara frågor som berör omständigheter som inte omfattas av förfrågningsunderlaget. Exempelvis bör det till förfrågningsunderlaget bifogas frågeformulär. Förfrågningsunderlaget saknar uppgifter om vad som krävs för att anbudsgivaren ska erhålla viss poäng.

Kriterium 2 bedöms utifrån anbudsgivarens förmåga att klara färdigställandetider. För att avgöra detta måste man veta vilken entreprenadform frågan avser och referenstagningen måste avse upphandlade projekt och inte andra. Färdigställandetider är en komplex fråga och det är omöjligt att jämföra förmågan om det rör sig om olika projekt. Upphandlande myndighet måste ha kompletterande uppgifter om det förekommit omständigheter utanför anbudsgivarens kontroll. Av förfrågningsunderlaget går inte att utläsa om dessa faktorer ska eller har beaktas och hur de i sådant fall ska bedömas. Det går inte att göra en objektiv och rättvis utvärdering av kriterium 2. Det finns stor risk att fel slutsatser dras då väsentlig information inte efterfrågas eller beaktats. Utvärderingen av förmågan att färdigställa projekt blir därför felaktigt och missvisande. SFV hänvisar till rätten till tidsförlängning enligt ABT06 och AB04 men det anges inte i förfrågningsunderlaget att dessa kommer att användas. Rätten till tidsförlängning blir ofta föremål för tvist. En generell uppgift från en referensperson rörande förmåga att färdigställa i tid är därmed förenad med stor osäkerhet och bör inte ligga till grund vid en utvärdering enligt LOU. Ett sådant förfarande strider mot LOU.

Det betyg som det vinnande bolaget erhållit vid utvärderingen av referenstagningen avseende kriterium 1 vilar på bristfälligt underlag då utvärderingen sker utifrån bedömningen av anbudsgivarens förmåga att bidra till projektmål och förväntningar. Dessa krav är alltför generella och vaga för att kunna mätas och läggas till grund för en objektiv utvärdering samt ger alltför stort utrymme för subjektiva bedömningar. Det är vidare lämpligt att underrätta anbudsgivaren om dennes referenser inte har gått att nå. Rydbergs referenser har enligt uppgift inte gått att nå men någon underrättelse har inte ägt rum vilket har medfört att Rydbergs har fått lägsta betyg. Hade de informerats hade de kunnat hjälpa till med att knyta kontakt med referensen. SFV anför att Rydbergs anbud har utvärderats ändå. Detta är en ny uppgift som inte redovisats tidigare och som Rydbergs bestrider. Ett sådant förfarande är vidare inte förenligt med LOU. Genom att SFV, med stöd av

förfrågningsunderlagets referenstagning som utvärderingskriterium, har antagit annat anbud har Rydbergs lidit skada eller kan komma att lida skada.

SFV bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Den aktuella upphandlingen avser renovering och ombyggnad av verksamhetsköket i Nyköpings Residens. Residenset är en äldre och kulturklassad fastighet vilket ställer särskilda krav på utförandet vilket framgår av den tekniska beskrivningen i förfrågningsunderlaget.

Det är ostridigt att referenser får användas även inom ramen för utvärdering av anbud om referenserna avser att tillföra kunskap om den förväntade kvaliteten i det projekt som är föremål för den upphandling snarare än att styrka leverantörernas förmåga att överhuvudtaget fullgöra uppdraget. SFV har i förfrågningsunderlaget beskrivit hur utvärderingen av anbud ska gå till, hur referenstagningen kommer att genomföras samt vilka uppgifter som ska inhämtas genom dessa referenser. För kriterium 1 anges uttryckligen att det är kvalitet ifråga om äldre/kulturklassade byggnader som avses, dvs. det som är utmärkande för just det aktuella upphandlingsprojektet. Att referenstagningen under anbudsutvärderingen avser något helt annat än anbudsgivarnas allmänna förmåga understryks även av det förhållandet att denna allmänna förmåga i stället prövades med bl.a. stöd av referenser enligt vad som särskilt föreskrivits i avsnittet om kvalificering. De referenser som använts i anslutning till anbudsutvärderingen är till skillnad från de som begärts in till stöd för anbudsgivarnas lämplighet, direkt kopplade till kvaliteten i det arbete som omfattas av det ny aktuella upphandlingskontraktet. Kriterium 2 avser uttryckligen kvalitet i form av hållande av färdigställandetider. Beskrivningarna är mer än tillräckligt tydliga för att anbudsgivarna ska ha goda förutsättningar att dels kunna anvisa lämpliga och relevanta referenser och dels att förstå vilken slags uppgifter som skulle inhämtas och bedömas. Ingen leverantör har ställt någon fråga om dessa kriterier eller om

referenstagningen. Utrymme för helt igenom subjektiva bedömningar finns inte.

Varken LOU eller gemenskapsrätten uppställer krav om att de frågor som ska ställas till referenspersonerna ska redovisas i förfrågningsunderlaget eller att upphandlande myndighet i förväg ska ange precis vad som krävs för en viss given poäng. Inom ramen för ett tillräckligt och tydligt kriterium har de upphandlande myndigheterna rätt att göra en egen och adekvat bedömning av graden av uppfyllelse. I de administrativa föreskrifternas avsnitt AFB.53 anges tydligt vilka ansträngningar som kommer göras för att kontakta de referenspersoner som har anvisats samt hur anbudet kommer att bedömas för de fall man misslyckats nå kontakt. SFV har trots att det inte förelegat någon sådan skyldighet utvärderat Rydbergs anbud även med det hypotetiska antagandet att den andra referenspersonen skulle ha gett Rydbergs högsta betyg för bägge kriterier. Inte heller då hade Rydbergs kunnat vinna upphandlingen eftersom även det jämförelsepriset var betydligt högre än vinnande anbud.

Rydbergs har slutligen anfört att SFV inte haft kompletta uppgifter om referensobjekten eftersom det kan ha förekommit omständigheter utanför anbudsgivarens kontroll. Enligt det entreprenadrättsliga regelverk som tillämpas i Sverige, ABT 06 och AB 04, har entreprenören rätt till förlängning av kontraktstiden i den mån hinder eller ÄTA-arbeten påverkar möjligheten att hålla kontaktstiden. Har entreprenören erhållit sådan tidsförlängning är entreprenaden inte att betrakta som försenad och påverkar inte heller bedömningen av referensobjektet negativt. Rydbergs har inte utvecklat på vilket sätt man lidit skada av den påstådda överträdelsen. Skaderekvisitet är därmed inte uppfyllt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter 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 proportionalitet iakttas. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Det är inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr HFD 2013 ref. 53).

Av praxis framgår att upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som det är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av praxis framgår även att leverantörskvalificering och anbudsutvärdering styrs av olika regler och inte får sammanblandas. Kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet, kan inte anses utgöra utvärderingskriterier (se EU-domstolens dom i mål C-532/06, Linanakis AE m.fl.). Dock kan den

upphandlande myndigheten införa ett utvärderingskriterium som gör det möjligt att bedöma kvaliteten hos det specifika arbetslag som anbudsgivaren konkret har föreslagit för kontraktens fullgörande vid upphandling av intellektuella tjänster så som utbildning och rådgivning (se EU-domstolens dom i mål C-601/13, Ambisig samt Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 2197-15).

I avsnitt AFB.53 av de administrativa föreskrifterna anges bl.a. följande.

[...]

Referenstagning av utvärderingskriterium ingår i bedömningen:

Referenstagning avser ge en bedömning av hur väl anbudsgivaren kan komma att bidra till att projektmål och därtill kopplade förväntningar uppnås i det aktuella projektet för upphandlingen.

Poängbedömning sker utifrån referenspersonernas bedömning av anbudsgivarens förmåga att bidra till att projektmål och förväntningar uppnås.

Viktningen av varje kriterium beräknas utifrån ett medelvärde av erhållna poäng per kriterium. Referenspersonerna för referensprojekten kontaktas i slumpvis ordning. Erhålls inte kontakt efter flera seriösa försök sätts poäng till noll för den referenten. Kriterierna framgår nedan.

Två referensprojekt kommer bedömas i slumpvis ordning.

Kriterium 1 – Erfarenhet, kompetens och förmåga

Bedömning sker utifrån anbudsgivarens kompetens, erfarenhet och förmåga att genomföra ombyggnationer i äldre/kulturklassade byggnader.

Kriterium 2 - Förmåga att klara färdigställandetider

Bedömning av förmågan att klara färdigställandetider enligt avtal eller andra tidsöverenskommelser.

[...]

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förevarande fall inte är fråga om en upphandling av intellektuella tjänster utan av en byggentreprenad. Det rör sig om en renovering och ombyggnad av en kulturklassad fastighet vilket i och för sig kräver särskilda kunskaper, men det är enligt förvaltningsrättens mening tveksamt om de uttalanden som EU-domstolen har gjort i målet

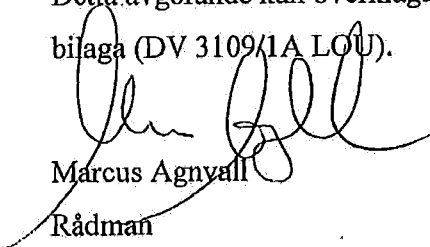
Ambisig kan utsträckas till att även omfatta denna typ av entreprenad. Oavsett detta kan, enligt förvaltningsrättens mening, förfrågningsunderlaget inte tolkas på annat sätt än att referenserna avser anbudsgivarens generella förmåga att utföra projektet och att utföra projektet inom avtalad fastställelse-tid. Det är alltså inte fråga om att referenstagningen avser förmågan hos ett specifikt arbetslag eller specifik person. De uppställda kriterierna får enligt praxis användas avseende anbudsgivarens kvalificering, men kan inte utgöra utvärderingskriterier. Förfarandet strider därmed mot de grundläggande kra-ven i 1 kap. 9 § LOU.

Rydbergs har anfört att de har lidit eller kan komma att lida skada genom att SFV med förfrågningsunderlagets referenstagning som utvärderingskrite-rium har antagit ett annat anbud. Av anbudsutvärderingen framgår att Ryd-bergs, innan anbudet påverkats av det tilläggstal som referenstagningen avseende kriterium 1 och kriterium 2 har genererat, hade lämnat det anbud som hade lägst pris. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund det visat att Rydbergs har lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av hur upphandlingen har genomförts. Då den aktuella bristen i upphandlingen avser utformningen av utvärderingsmodellen ska upphandlingen göras om.

Vid denna utgång i målet saknas skäl att pröva de av Rydberg i övrigt åbe-ropade grunderna.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Marcus Agnyvall
Rådman

Madeleine Pettersen har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

