



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2015-07-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8564-15

KONKURRENSVERKET	
2015 -07- 0 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Stockholms Markteknik AB, 556735-4187

Ombud: Advokat Madeleine Sifvert
Advokatfirman NOVA AB
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Micasa Fastigheter i Stockholm AB, 556581-7870
Box 1298
164 29 Kista

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Stockholms Markteknik AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 610599

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Micasa Fastigheter i Stockholm AB (Micasa) har genomfört en upphandling av ramavtal för mark- och anläggningsarbeten. Enligt anbudsinvitan kommer Micasa att teckna kontrakt med tre till fem entreprenörer. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Stockholms Markteknik AB (Markteknik) lämnade in anbudsansökan till Micasa men fick därefter den 14 april 2015 meddelande från upphandlande myndighet att bolagets anbud förkastats.

Markteknik yrkar att upphandlingen ska rättas eller göras om. Till stöd för sin talan anför Markteknik bl.a. följande.

Vid prövningen av de krav som ställs på anbudsgivaren (kvalificeringsfasen) har Micasa funnit att anbudet från Markteknik inte uppfyller kraven i AFB.523 pkt 5. Således har anbudet förkastats och inte gått vidare till anbudsutvärderingen.

Markteknik uppfyller kraven i AFB.523 punkten 5 samt övriga krav i förfrågningsunderlaget, och borde därmed rätteligen ha gått vidare till anbudsutvärderingen. Genom att förkasta anbudet, trots att kraven enligt förfrågningsunderlaget är uppfyllda, har Micasa brutit mot 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens. Markteknik har (med största sannolikhet) lämnat det lägsta anbudspriset i upphandlingen och skulle vid ett korrekt genomfört förfarande ha antagits som ramavtalspart. Markteknik har därmed lidit skada.

Av AFB.5 framgår att anbuderna kommer att prövas i tre steg; först en uteslutningsfas, därefter en kvalificeringsfas och slutligen en utvärderingsfas. I kvalificeringsfasen ingår bland annat det krav som Micasa uppställt i

AFB.523, "Teknisk och yrkesmässig kapacitet, punkten 5: "Anbudsgivarens yrkeskunnande". Kravet består av flera delar. Till att börja med ska anbudsgivarna kunna uppvisa tre slutförda referensuppdrag inom området mark- och anläggningsentreprenader med kvarboende eller pågående verksamhet. Uppdragen ska vara utförda inom fem år från anbudslämnandet eller vara pågående. Ett kvalificeringskrav får inte syfta till annat än att fastställa vilka anbudsgivare som har för uppdraget nödvändigt yrkeskunnande. Det är inte fråga om att fastställa hur väl en anbudsgivare uppfyller ett visst krav. Sådana krav hör hemma i utvärderingsfasen och inte i kvalificeringsfasen. Micasa har sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskrav.

Markteknik har lämnat referensuppdrag och referenser i enlighet med vad som anges i AFB.523. Micasa har haft kontakt med två av referenterna. Den tredje referenten befann sig vid tidpunkten för referenstagning på sjukhus med sin lille son som hastigt insjuknat i en mycket allvarlig hjärtsjukdom. Två referenser är emellertid tillräckligt. Det framgår ju av förfrågningsunderlaget att diskvalificering sker om det sammanlagda snittbetyget av två referenser blir under 4,00. Det sammanlagda snittbetyget på de två referenserna blir 4,115 poäng. Markteknik har alltså erhållit över "4,00" i sammanlagt snittbetyg från de två referenserna. Det föreligger därmed inte grund för att diskvalificera anbudet.

Micasa har emellertid diskvalificerat anbudet från Markteknik. I upphandlingsprotokollet har Micasa angivit följande skäl:

"En av referenterna har angivit ett snittbetyg som understiger 4,00. En av referenterna har inte lämnat svar inom utsatt tid trots flera påminnelser. Anbud 5 innehåller således inte erforderliga referensentreprenader."

Vad som anges i sista stycket - tillika Micasa's slutsats - är helt felaktigt. Marktekniks anbud innehåller efterfrågade referensentreprenader som uppfyller ställda krav. När det gäller kontakterna med referenspersoner - vilket är en annan del av kravet - gäller att Micasa ska beakta det sammanlagda snittbetyget från två referenspersoner. Det ska i denna del understrykas att det är fråga om ett kvalificeringskrav; d.v.s. det handlar om att fastställa att anbudsgivaren har nödvändigt yrkeskunnande. Detta i kombination med att det ofta kan vara svårt att få tag på referenspersoner (och att det vore oproportionerligt att utestänga en anbudsgivare från utvärderingen när svar har lämnats av tillräckligt många referenspersoner), är sannolikt skälet till att Micasa i sitt förfrågningsunderlag uttryckligen har angivit att det är det sammanlagda snittbetyget av två referenser som kommer att beaktas för diskvalificering.

Micasa blandar ihop olika moment i AFB.523 punkt 3.2 och punkt 5. Micasa har i punkt 3.2 efterfrågat tre slutförda referensuppdrag; av visst specificerat slag. Markteknik har redovisat tre referensuppdrag. I punkt 5 har Micasa återigen hänvisat till slutförda referensuppdrag samt begärt att anbudsgivaren för referensuppdragen även ska redovisa referenter. Därefter har Micasa klart och tydligt angett att det som kan föranleda diskvalificering av anbudet är om "det sammanlagda snittbetyget av de två referenserna blir under 4,00". Micasa påstår att det är fråga om en uppenbar felskrivning i förfrågningsunderlaget. Markteknik kan konstatera att det inte är fråga om ett uppenbart skrivfel utan om ett klart och tydligt preciserat krav som anger förutsättning för diskvalificering av anbud.

Micasa påstår även att upplysningen i upphandlingsprotokollet om att Markteknik diskvalificerats på grund av snittbetyget från en referent endast lämnats upplysningsvis och att det verkliga skälet till att anbudet från Markteknik förkastats är att Micasa inte fick tag på en av referenterna. Markteknik anser att mot bakgrund av skälet till att kontakt inte kunde eta-

bleras med en av Marktekniks referenter – vederbörande befann sig akut på sjukhus med sitt lilla barn som drabbats av livshotande sjukdom – är det oproportionerligt att diskvalificera Marktekniks anbud. Diskvalificering på grund av att kontakt inte kunnat tas med en av tre referenspersoner är i sig oproportionerligt.

Vid anbudsprövningen har Micasa således frångått sitt förfrågningsunderlag och på felaktiga grunder diskvalificerat anbudet från Markteknik. Micasa har därigenom brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Likabehandlingsprincipen och principen om förutsebarhet och transparens har åsidosatts. Upphandlingen måste därför göras om.

Micasa bestrider bifall till Marktekniks ansökan och anför bl.a. följande.

Micasa kontaktade de åberopade referenterna i enlighet med de rutiner för kontakt som anges i förfrågningsunderlaget, AFB.523 punkten 5. Två referenter lämnade svar. Trots eftersök inom angiven tid etablerades inte någon kontakt med den tredje referenten. Eftersom det saknades svar från referent för referensuppdrag 2 diskvalificerades Markteknik från vidare deltagande i upphandlingen enligt de angivna förutsättningarna. Grunden för att Markteknik diskvalificeras är således att en av referenterna inte lämnat svar inom utsatt tid. Någon annan grund är det inte fråga om. Skrivningen i tilldelningsbeslutet "En av referenterna har angivit ett snittbetyg som understiger 4,00" är en upplysning och inte någon grund för diskvalificering.

Det stämmer att det under AFB.523 punkten 5 anges att anbudsgivare utsluts "om det sammanlagda snittbetyget av de två referenserna blir under 4,00". Det är enligt Micasas mening ett olyckligt, men helt uppenbart, skrivfel. Det är det enda stället i förfrågningsunderlaget där det anges att två av referenterna ska användas och innefattar dessutom ett syftningsfel. Det framgår tydligt av omständigheterna och den övriga texten att det är tre

referensuppdrag som ska anges och att det är ett snitt av dessa tre betyg som ska resultera i en siffra över 4,00 för att anbudet ska kvalificera sig till utvärderingsfasen. Det anges på tre ställen under nämnda punkt att det är fråga om *tre referenser* vid utvärderingen;

1. "Anbudsgivaren ska kunna uppvisa tre (3) slutförda referensuppdrag" (s. 13)
2. "Den som prövar anbuden avser att för utvärderingen kontakta tre (3) referenter som anbudsgivare anmält. (s. 14)
3. Om anbudsgivaren har utfört liknande uppdrag tidigare till beställaren ska en av referenterna vara Micasa och de andra två en extern referens." (s.14).

Vidare har samtliga anbudsgivare, inklusive Markteknik, angett tre referensuppdrag. Det är därför tydligt att det rör sig om tre och inte två referenser som ska räknas samman och snittet av de tre betygen som avgör om ett anbud kvalificerar sig eller inte.

Micasa ifrågasätter vidare Marktekniks påstående om att de grundläggande principerna i LOU skulle upprätthållas genom att Micasa, med de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget, skulle låta bolagets anbud kvalificera sig. Resultatet skulle uppenbarligen bli det motsatta. Att Micasa godtyckligt skulle välja två av tre referenter och räkna ut ett snitt, när det inte anges i förutsättningarna hur dessa skulle väljas ut, skulle innebära en uppenbar risk för brott mot LOU:s grundläggande principer.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska 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 iaktas.

I 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

I 16 kap. 6 § första stycket LOU anges följande. 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts

Förvaltningsrättens bedömning

I AFB. 53.2 punkten 5 anges bl.a. följande. *Anbudsgivaren ska kunna uppvisa tre slutförda referensuppdrag. Referenter ska kunna styrka entreprenörens yrkeskunskande inför det tilltänkta kontraktet baserat på dennes tidigare utförda entreprenader.*"

Anbudsgivare som erhåller betyg ett (1) på delfråga blir ej kvalificerad, oavsett genomsnittligt betyg på övriga frågor. Samma om det sammanlagda snittbetyget av de två referenserna blir under 4,00. I det fall referensen ej kan besvara någon fråga kommer betyget att sättas till två (2) av beställaren.

Anbudsgivare ska ha vidtalat referenter före anbudslämnandet om att referenten kan komma att kontaktas av den som prövar anbudet. Den som prövar anbudet avser att för utvärderingen kontakta tre referenter som anbudsgivaren anmält. Referenstagning kommer att ske under en tiodagarsperiod efter sista anbudsdag. I de fall eftersök av referent skett 3 gånger utan att kontakt etablerats inom ovan angiven tidsperiod kommer anbudsgivaren inte gå vidare till utvärderingsfasen.

Markteknik har invänt mot att Micasa i upphandlingsprotokollet har skrivit att en av referenterna har angivit ett snittbetyg som understiger 4,00 och att denna omständighet inte utgör grund för diskvalificering. Förvaltningsrätten anser att det får anses stå klart att bolaget har blivit diskvalificerat på grund av att Micasa inte har kunnat komma i kontakt med en av referenspersonerna inom den angivna tiden, trots flera påminnelser, i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget.

Detta krav framgår tydligt av förfrågningsunderlaget. Markteknik har i sin ansökan pekat på det orimliga i att vidmakthålla detta krav med hänsyn till att det endast krävs att den genomsnittliga poängen för två av referenserna överstiger 4,00 för att anbudsgivare inte ska bli diskvalificerade. Detta kan förvaltningsrätten instämma i. Varför ha ett krav att man måste få tala med tre referenspersoner om endast två av dem ska räknas. Härvid gör dock förvaltningsrätten bedömningen att det måste vara fråga om ett skrivfel. Såsom Micasa har påpekat talar man ingen annanstans om två referenser utan det hänvisas till tre referenser. Inte heller finns någon reglering i förfrågningsunderlaget hur urvalet av vilka två av de tre referensernas poäng som ska beaktas.

En annan invändning som görs från Marktekniks sida är att det skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen att diskvalificera anbudet på grund av orsaken till att referenspersonen inte varit nåbar. Förvaltningsrätten anser inte att proportionalitetsprincipen träds förnär i detta avseende. Inte heller är själva diskvalificeringskravet att alla tre referenter måste nås för att man ska kunna gå vidare till utvärderingen oproportionerligt. Kravet synes enligt förvaltningsrätten som rimligt då det kan antas vara av stor vikt för den upphandlande myndigheten att få tala med tre referenter. Dessutom kan det vara en poäng för bedömningen att det är lika många referenter per anbudsgivare. Micasa har därmed haft grund för att utesluta bolagets anbud


och skäl att ingripa mot upphandlingen med beaktande av vad Markteknik har anfört saknas därmed.

Markteknik har vidare invänt att Micasa har sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskrav med hänvisning till att det inte får vara fråga om att fastställa hur väl en anbudsgivare uppfyller ett visst krav i kvalificeringsfasen. Poängsättningen av referensernas svar på vissa påståenden om hur väl anbudsgivaren har utfört tidigare uppdrag är inte en värdering av hur väl bolaget uppfyller kvalificeringskravet utan hur väl bolaget har lyckats med tidigare uppdrag enligt tidigare uppdragsgivare. Det är alltså inte fråga om en sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskrav. Skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund föreligger således inte heller.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Stockholms Markteknik AB inte har visat att upphandlingen har genomförts i strid med 1 kap. 9 § LOU och inte heller att förfrågningsunderlaget är utformat i strid med dessa principer. Marktekniks ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Eva Farley

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Susanna Ewerlöf



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, midsommarafton, 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.