



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2019-11-11
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 10496-19

SÖKANDE

Jais Arkitekter AB, 556363-0036
 Sundstorget 3
 252 21 Helsingborg

MOTPART

Malmö universitet, 202100-4920
 205 06 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-11-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Jais Arkitekter AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 529555

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Malmö universitet genomför med ett öppet förfarande en upphandling av arkitekttjänster. Av tilldelningsbeslut den 3 september 2019 framgår att avtal kommer att tecknas med Tengbomsgruppen AB och White Arkitekter AB.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Jais Arkitekter AB (Jais) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att Malmö universitet ska göra en ny utvärdering av anbuderna, varvid fråga 3 i frågor till referenspersoner utgår och poängbedömningen räknas om utifrån de kvarvarande fyra frågorna. Som grund för sin talan anför Jais bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget ställs inga krav på referenspersoners relation till arkitekten. Inte heller framgår huruvida referenspersoner måste ha haft en direkt beställande funktion av arkitekttjänsten eller inte. En av frågorna till referenspersonerna i "Bilaga 2 Frågor till referenspersoner" lyder:

"3. Hur bedömer ni arkitektens tillgänglighet vid avrop av arkitekttjänster?"

I vissa fall har fråga 3 inte varit relevant eller tillämplig för referenspersonen. Exempelvis har två av Jais referenspersoner valt att inte besvara fråga 3. Dessa två referenspersoner är i sin roll som hyresgästrepresentant till arkitektens uppdragsgivare inte direkt beställare av arkitekttjänsten och har därför inte avropat sådana tjänster, och alltså inte heller haft möjlighet att bedöma arkitektens tillgänglighet vid avrop. Detta gör dem dock inte mindre värdefulla som referenspersoner. De uteblivna svaren på fråga 3 har poängsatts till noll poäng. Då övriga svar i dessa två exempel enbart innehållit goda vitsord, som poängsatts till maximala 8 poäng, drar de uteblivna svaren uppenbarligen ner bedömningen och den erhållna poängsumman, utan att detta för den skull indikerar en låg kvalitet. Jais har på fråga 3 erhållit

maximala 8 poäng av övriga referenter. Enligt förfrågningsunderlagets "Bilaga 2 Värdeskalen" motsvarar 0 svars-poäng "Det är högst troligt att leverantören kommer att leverera en undermålig och ej tillfredställande tjänst". Detta resulterar i en orättvis bedömning. Så länge inga krav ställts på referenspersonens direkta beställarrelation till arkitekten, kan inte heller ett uteblivet svar på fråga 3 vara avgörande för värderingen. Jais referenspersoner kunde inte vara medvetna om att uteblivet svar enligt Malmö universitets beräkningsmodell betyder att "det är högst troligt att leverantören kommer att leverera en undermålig och ej tillfredställande tjänst" (0 poäng). Hade man känt till detta är det med hänsyn till de positiva omdömen Jais i övrigt erhållit tvärtom högst troligt att bolaget erhållit höga poäng för den bedömning referenspersonerna kunde gjort gällande denna fråga, utan att de formellt är beställare. Jais referenspersoner hade alltså kunnat svara på denna fråga om det hade varit uttalat. Att själva frågan om arkitektens tillgänglighet vid avrop är viktig för Malmö universitet ifrågasätts inte. Jais konstaterar också att bolaget av övriga referenspersoner erhållit full poäng på denna fråga. Den påtalade bristen i upphandlingsdokumentet påverkar på ett avgörande sätt utvärderingen av anbud och därmed anbudens rangordning.

Malmö universitet bestrider ansökan och anför bl.a. följande. Malmö universitet har utvärderat anbudet i enlighet med den utvärderingsmodell som angivits i upphandlingsdokumentet punkt 1.4 Utvärdering av anbud samt dess bilagda "Bilaga 2 Frågor till referenspersoner". I upphandlingen ombads respektive anbudsgivare att inge sex referenspersoners svar på fem referensfrågor. Två av Jais referenspersoner besvarade inte fråga 3 "Hur bedömer ni arkitektens tillgänglighet vid avrop av arkitekttjänster?". Samtliga frågor till referenspersonerna har publicerats tillsammans med upphandlingsdokumentet. Det har inneburit att alla anbudsgivare haft tillgång till dessa frågor när de skulle välja referenser till upphandlingen. Syftet med denna tidiga publicering var, förutom ett transparent tillvägagångssätt, att respektive anbudsgivare skulle kunna välja sina referenspersoner just med hänsyn till den typ av

frågor som är relevanta i upphandlingen – det vill säga frågor valda utifrån den upphandlande myndighetens behov. Det är anbudsgivarens ansvar att välja relevanta referenspersoner mot bakgrund av vilka frågor som har presenterats i upphandlingsdokumentet. Samtliga anbudsgivare har haft möjlighet att välja referenser med beställarerfarenhet eller i vart fall säkerställa att valda referenspersoner klarar att inom viss tid besvara de i förväg angivna frågorna.

Av punkten 1.4. i upphandlingsdokumentet framgår att varje besvarad referensfråga maximalt kunnat ge 8 poäng, dvs. 40 poäng totalt per referensperson samt totalt 240 poäng för samtliga referenssvar. Det får därmed anses vara underförstått att total avsaknad av ett svar inte kan rendera något poäng, inte ens enstaka poäng, eftersom det i sådana fall inte kan utläsas något alls om referenspersonens syn på arkitektens tillgänglighet vid avrop. Det ska poängteras att den i målet aktuella referensfrågan (fråga 3) är viktig för Malmö universitet utifrån universitetets verksamhetsbehov av tillgänglighet vid framtida avropstillfällen. Frågan kan därför inte strykas, särskilt inte mitt under upphandlingsprocessen, för att en anbudsgivare önskar det. Ett sådant tillvägagångssätt skulle enligt Malmö universitet strida mot såväl transparensprincipen som likabehandlingsprincipen.

Utvärderingsmodellen får anses vara rimligt utformad och har tagits fram med hänsyn till verksamhetens behov av att säkerställa tilltänkta leverantörers tillgänglighet, leveransförmåga och kvalitet. Frågorna är relevanta och alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Det vore inte proportionerligt att omkullkasta hela upphandlingen, med brott mot viktiga upphandlingsrättsliga principer som följd, på grund av att en anbudsgivare inte har valt referenser som har kunnat besvara samtliga referensfrågor.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. Förvaltningsrätten är inte bunden av sökandes yrkande avseende val av ingripande när ett sådant är aktuellt.

Jais anser att utvärderingen i upphandlingen ska göras om och att referenspersonernas svar på fråga 3 därvid inte ska beaktas vid bedömningen av referenser, utifrån att det inte varit förutsebart hur poängsättningen ska göras vid uteblivet svar från referensperson som inte kunnat svara på frågan.

I upphandlingsdokumentets administrativa föreskrifter, punkten 1.4 Utvärdering framgår bl.a. att referenserna avseende kundnöjdhet, som i utvärderingen viktas till 50 procent, innebär att fem frågor ska ställas till sex referenspersoner och att anbudsgivaren kan få max åtta poäng per fråga. I Bi-

laga 2 Frågor till referenspersoner anges vidare vilka frågor som ska besvaras, vilka svarsalternativ som finns och vilken poäng respektive svar renderar. Enligt förvaltningsrättens mening är upphandlingsdokumentet därmed tillräckligt tydligt avseende utvärderingen av referenser. Även om det inte uttryckligen anges måste det enligt förvaltningsrättens mening, för en normalt omsorgsfull anbudsgivare, ha varit förutsebart att uteblivet svar inte kan rendera någon poäng. Anbudsgivarna har själv att välja sina referenspersoner utifrån utformningen av upphandlingsdokumentet.

Eftersom upphandlingsdokumentet enligt förvaltningsrättens mening är tillräckligt tydligt avseende utvärdering av referenser och inte annat har framkommit än att Malmö universitet förfarit i enlighet med detta ska Jais ansökan om överprövning av upphandlingen avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Bertil Idarsson

Anna Aktermo har föredragit målet.



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 nyårs-afton, 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 rättstillämpningen.
- 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.