



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2010-10-01
Meddelad i
Västerås

Mål nr
2829-10 E
Enhet 2

SÖKANDE

MEWAB AB, 556394-7570

Ombud: Advokaten Per Widman
Nord & Co Advokatbyrå KB
Box 1435
111 84 Stockholm

MOTPART

Vafab Miljö AB, 556191-4200
721 87 Västerås

Ombud: Advokaten Leif Broomé
Advokatfirman Broomé AB
Stora Torget 6
722 15 Västerås

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Vafab Miljö ABs upphandling avseende sluttäckning av Annelunds avfallsanläggning ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 12 mars 2010 upphör därmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011-03-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 7496

Postadress Box 1001 721 26 Västerås	Besöksadress Sigurdsgatan 22	Telefon 018-16 73 00	Telefax 021-13 20 25	Expeditionstid måndag – fredag 08:30-12:00 13:00-16:30
E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se				

BAKGRUND M.M.

Vafab Miljö AB (Vafab) har genomfört en upphandling (förenklat förfarande) avseende sluttäckning av Annelunds avfallsanläggning. Ett av de nio bolag som ingav anbud var MEWAB AB (bolaget). Även NCC Construction Sverige AB (NCC) och PEAB AB (Peab) ingav anbud. Enligt tilldelningsbeslut den 2 mars 2010 fick NCC, som vann upphandlingen, 4,58 i tilldelningspoäng, Peab som kom tvåa fick 4,48 tilldelningspoäng och bolaget kom på tredje plats med 4,46 poäng.

Förvaltningsrätten beslutade den 12 mars 2010 på framställan av bolaget att upphandlingen, i avvaktan på att förvaltningsrätten avgör målet slutligt eller annat förordnar, tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i *första hand* att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först efter det att rättelse har skett på så sätt att NCCs anbud utesluts och att utvärderingen görs om enligt följande: Bolaget ska tillgodoräknas poäng i enlighet med de betyg som bolagets referensperson skulle avgivit på förfrågan om han fått erforderlig information om betygsskalans innebörd; samtliga anbud ska behandlas likvärdigt i kriteriet "Organisation, arbetsmetodik samt teknisk och maskinell kapacitet" på så sätt att ingen anbudsgivare tilldelas poäng för annat än vad som framgår av anbudet; bristerna i förutsebarhet i förfrågningsunderlaget rättas så att samtliga anbudsgivares likabehandlas såvitt gäller kriteriet "Organisation, arbetsmetodik samt teknisk och maskinell kapacitet" genom antingen att alla anbudsgivare erhåller poäng som om anbudet hade varit tydligt i fråga om att erfarenhet av sluttäckning med bentonit som tätskikt efterfrågades och sådan erfarenhet hade angivits i anbudet eller att omständigheten i fråga inte poängsätts vilket medför att ingen anbudsgivare får full poäng i kriteriet. *I andra hand* yrkar bolaget att upphandlingen ska avbrytas och göras som. Som grund för sin talan anför bolaget att Vafab borde ha

bortsett från NCCs anbud vid kvalificeringsfasen då de inte uppfyllde ett av skall-kraven samt att upphandlingen har brustit mot de grundläggande principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens. Till stöd för sin talan åberopas följande. Skriftlig vittnesutsaga av Tommy Thalbäck, 27 april 2010, skriftlig vittnes utsaga av Jan Olov Holmquist, 27 april 2010, skriftlig vittnesutsaga av Marko Arola, 27 april 2010, tjänsteanteckning daterad den 24 februari 2010 av Henrik Westman, och Konkurrensverkets analys "Referenser i anbudsutvärdering", 28 april 2009.

Bolaget anför bl.a. följande.

NCC har inte uppfyllt skall-kraven.

NCC skulle ha uteslutits från upphandlingen. Enligt förfrågningsunderlaget framgår att en anbudsgivare utesluts från upphandlingen om denne har lämnat ofullständiga eller felaktiga uppgifter i anbudet. Enligt förfrågningsunderlaget ska ett högst tre månader gammalt intyg från ett affärs- och kreditupplysningsföretag innehållande uppgifter om ekonomiskt nyckeltal och riskklassificering bifogas anbudet. NCC har inte bifogat efterfrågat intyg utan till sitt anbud bifogat ett motsvarande intyg avseende NCC AB. NCC (dvs. NCC Construction Sverige AB) är dotterbolag till NCC AB. Att NCC bedriver sin verksamhet i kommission för NCC AB påverkar inte kravet att anbudsgivaren ska inge ett intyg om sin riskklass. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att detta kriterium kunde uppfyllas på annat sätt t.ex. genom att säkerhet för uppdraget kunde säkerställas genom moderbolagsgaranti.

Vafab har brustit i inhämtandet av referenser och därmed mot kravet på likabehandling.

Vid referenstagning har Vafab inte givit referenspersonerna samma förutsättningar inför avgivande av betyg. Bolagets referensperson har inte fått klart för sig att fyra poäng inte utgjorde omdömet "utmärkt". Referenspersonen var av uppfattningen att bolagets arbete i alla delar hade utförts "utmärkt" och gav därmed bolaget fyra poäng. Referenspersonen

har uppgett ett betyg som är betydligt lägre än som skulle gjort om erforderlig kunskap om betygsskalan funnits. Bolagets referensperson fick aldrig betygsskalan presenterad för sig på rätt sätt. Handläggare hos Vafab har själva varit referenser åt NCC och Peab och naturligtvis fullt medveten om betygsskalans innebörd. Att alla anbudsgivare inte har samma kunskap om betygsskalans innebörd och inte betygssätt efter samma skala, strider mot kravet på likabehandling.

Vafab har vid utvärdering av anbuden tillmätt i förfrågningsunderlaget ej efterfrågade uppgifter avgörande betydelse.

Den interna utvärderingsmodellen är betydligt mer detaljerad än den som återges i AFB.52. Referenserna har således använts för att poängsätta andra omständigheter än vad som framgick av förfrågningsunderlaget. Av AFB.52 framgår att referenserna ska kunna styrka att anbudsgivaren uppfyllt ställda tid- och kostnadskrav samt att anbudsgivaren uppfyllt ställde miljö- och kvalitetskrav. I utvärderingsmodellen anges att fyra frågor ska ställas till referenserna varav endast två återfinns i förfrågningsunderlaget. De två andra frågorna avser helt andra omständigheter. Dessa frågor är följande; samarbetsförmåga (med samarbetsförmåga avses nåbarhet, svar på frågor inom rimlig tid, förmåga att i samverkan med beställaren lösa problemställning som uppkom under projektet etc.) samt förmåga att följa avtal och övriga överenskommelser. I den interna utvärderingsmodellen anges att samtliga fyra omständigheter ska värderas likvärdigt och den slutgiltiga poängen motsvarar ett medelvärde från samtliga delfrågor.

Vafab har vid utvärdering av anbuden tagit ovidkommande hänsyn i strid mot kravet på likabehandling.

Utvärdering av kriteriet "Entreprenörens organisation, arbetsmetodik och tekniska och maskinell kapacitet" ska bygga på den information och redogörelse som anbudsgivaren lämnat i anbudet. Peab har inte i sitt anbud

beskrivit sin tillgång på motsvarande. I avsaknad av beskrivning av teknisk utrustning och maskiner borde Peabs anbud fått högst två poäng. Istället har Peab fått fem poäng. Vafab har anfört att Peabs bifogade å-prislista är en väl genomarbetad redovisning av maskinell kapacitet. Bolaget menar att ovidkommande hänsyn måste ha tagits i detta avseende vid bedömning av Peabs anbud. Därutöver tillhör en komplett ifylld å-prislista kvalificeringsfasen. Enligt etablerad praxis (bl.a. EU-domstolens dom i mål C-532/06 (Lianakis) och 31/87 (Beentjes) och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 5910-08) följer att kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen inte får sammanblandas. Vafab har anfört att tillgång till teknisk utrustning och maskiner är ett kvalificeringskrav och saknar betydelse vid utvärderingen. Tillgång till teknisk utrustning och maskiner upptas inte som ett kvalificeringskrav i förfrågningsunderlaget utan tvärtom utgör det ett utvärderingskriterium. Det är här uppenbart att Vafab, när man givit Peab poäng för att ha uppfyllt ett kvalificeringskrav, brutit mot LOU genom att sammanblanda kvalificerings- och utvärderingsfaserna.

Vare sig NCC eller Peab har angivit i deras anbud att entreprenadchef, platschef och/eller arbetsledare har erfarenhet av sluttäckning med bentonitmatta som tätskikt. Trots detta har såväl NCC och Peab fått fem poäng i kriteriet. Vafab har istället inhämtat dessa uppgifter från NCCs och Peabs referenser. Utvärderingen av kriteriet ska bygga på den information och redogörelser som anbudsgivaren lämnat i anbudet, dvs. bedömningen ska grundas enbart på information som lämnas i anbudet. Referenserna har således använts för att poängsätta andra omständigheter än vad som framgick av förfrågningsunderlaget. För att sådan komplettering skulle vara möjlig måste de angivna referensobjekten avse entreprenader med samma arbetsledare/platschef som anbudsgivaren avsett att använda i den upphandlande entreprenaden. Så har fallet varit för NCC och Peab. Bolaget har istället angivit referensobjekt där andra personer varit

arbetsledare/platschef. Bolagets referenser kunde således inte tillföra någon information ifråga om relevanta personers erfarenhet. Det finns inget krav eller ens önskemål i förfrågningsunderlaget om att referensobjekten skulle avse entreprenader med samma arbetsledare/platschef som i den föreslagna organisationen för den upphandlande entreprenaden. Att uppgifter om sådan erfarenhet tillförts för NCC och Peab men inte för bolaget är således en ren slump vilket medför att förfarandet står i strid med kravet på förutsebarhet. Förfarandet står därmed i strid med kravet på förutsebarhet. Därtill strider förfarandet mot likabehandling då vissa men inte alla anbudsgivares anbud tillförts information som har poängsatts s.k. otillåten komplettering.

Ett av bolagets referensobjekt, Karlskoga Energi & Miljö AB, hade erfarenhet från sluttäckning med bentonitmatta som tätskikt. Något som Vafab erhållit kunskap om på annat sätt än genom anbudet. Vafab valde dock att inte beakta denna information till skillnad mot att så skett för NCC och Peab.

Förfrågningsunderlaget har varit utformat på ett bristfälligt sätt och därmed i strid mot kravet på förutsebarhet.

I fråga om värderingsfaktorn "Entreprenörens organisation, arbetsmetodik och tekniska maskinell kapacitet" efterfrågas en beskrivning av arbetsmetodik och tillgång till teknisk utrustning och maskiner som avses användas för att genomföra entreprenaden. Vidare framgår av AFC.342 att anbudsgivarens arbetsledning ska ha för ändamålet rätt behörighet och väldokumenterad erfarenhet från genomförande av liknande objekt som ifrågavarande entreprenad i avseende på komplexitet, storlek och belägenhet. Enligt den utvärderingsmodell Vafab använts sig av – vilken inte ingått i förfrågningsunderlaget och således inte känt för anbudsgivarna framgår att det som skiljer mellan fyra och fem poäng är om platschef och/eller arbetsledare har erfarenhet av sluttäckning med bentonitmatta

som tätskikt. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att information om anbudsgivarens, eller anbudsgivarens personals, erfarenhet av sluttäckning med just bentonitmatta som tätskikt efterfrågas eller värderas särskilt högt. Det som efterfrågas är erfarenhet från genomförande av liknande objekt i avseende av komplexitet, storlek och belägenhet. Storlek och belägenhet har ingenting med tätskiktsalternativet att göra. Detsamma gäller komplexitet, sluttäckning kan vara av samma eller likvärdig komplexitet oavsett tätskiktsalternativ. Bolaget och dess plats/driftchefer har genomfört ett stort antal sluttäckningsprojekt med bentonitmatta. Information om just detta faktum lämnades inte i bolagets anbud eftersom informationen inte efterfrågades och det inte framgick av förfrågningsunderlaget att denna omständighet skulle vara av betydelse. Kravet på transparens och förutsebarhet av det nu aktuella utvärderingskriteriet är inte uppfyllt.

Vafab har själva varit referenser åt NCC och Peab vilket inneburit fördel för NCC och Peab i upphandlingen.

Att den upphandlande enheten själv avger referenser medför en jävssituation som naturligtvis är mycket olycklig och förfarandet kan inte vara förenligt med syften bakom LOU. Genom sina egna referenser kan den upphandlande enheten skönsmässigt och godtyckligt styra över resultatet i upphandlingen. Därtill har Vafab avgivit sina referenser först efter att de andra referenserna inhämtats. Vafab har därmed haft möjlighet att styra resultatet i upphandlingen. Bolaget gör gällande att förfarandet strider mot principerna om likabehandling och transparens. Förfarandet snedvrider också konkurrensen eftersom det försvårar för anbudsgivare som inte tidigare utfört entreprenader till Vafabs belåtenhet att vinna upphandlingen.

VAFAB anför bl.a. följande.

NCC har inte uppfyllt skall-kraven.

Skall-kravet kan uppfyllas på det sätt som NCC gjort, det vill säga genomtyg riskklass för NCC AB. NCC bedriver sin verksamhet i

kommission för NCC AB. NCC AB svarar således för de förbindelser NCC ingår som kommissionär. Syftet med skall-kravet var att tillförsäkra att bolaget hade tillräcklig ekonomisk och finansiell ställning. Vafab har uppfattat situationen så att NCC AB varit nödgad att lösa eventuell brist om NCC inte skulle kunna fullgöra sina åtaganden och därmed visat att NCC har tillräcklig ekonomisk och finansiell ställning.

Vafab har brutit i inhämtandet av referenser och därmed mot kravet på likabehandling.

Vafabs handläggare var vid kontakt med referenspersonerna mycket noga med att förklara betygsskalan gick från ett till fem poäng där fem poäng var högsta betyg. I samband med detta förklarade även Vafabs handläggare att betyget 1 poäng motsvarade omdömet "Dåliga", 2 poäng "Mindre bra", 3 poäng "Godtagbara", 4 poäng "Bra" och 5 poäng "Utmärkt". Att bolagets referensperson uppfattat att betygsskalan gick från ett till fem poäng råder det ingen tvekan om. Det kan inte heller vitsordas att anbudet behandlats olika vid referenstagning.

Vafab har vid utvärdering av anbudet tillmätt i förfrågningsunderlaget ej efterfrågade uppgifter avgörande betydelse.

Att den interna utvärderingsmodellen innehåller flera detaljer än förfrågningsunderlaget följer av sakens natur och torde vara gängse praxis. Att modellen inte är precis motiveras naturligtvis av att värderingen ska kunna ske på ett objektivt, transparent och rättvist sätt. Uppgifterna i förfrågningsunderlaget om vad referenserna ska kunna styrka ska uppfattas som miniminivå. Kriteriet samarbetsförmåga följer av vad alla och envar rimligen måste inse kan ha betydelse utan att detta uttryckligen påpekats i förfrågningsunderlaget. Kriteriet avseende förmåga att följa avtal och övriga överenskommelser har angivits i förfrågningsunderlaget som implicit i kravet på att anbudsgivaren ska uppfylla ställda tid- och

kostnadskrav samt ställde miljö- och kvalitetskrav. Således är det inte en fråga om helt andra omständigheter än vad förfrågningsunderlaget speglar.

Vafab har vid utvärdering av anbudet tagit ovidkommande hänsyn i strid mot kravet på likabehandling.

Peabs förmåga vad gäller teknisk och maskinell kapacitet framgår av deras à-prissättning av maskinellt utnyttjande, att ingivande av en korrekt ifylld à-prislista var ett kvalificeringskrav utesluter inte att informationen från densamme kan ligga till grund för utvärderingen. Det är kriteriet organisationen som har utvärderats och inte teknisk och maskinell kapacitet eller ifyllande av à-prislistan. Kravet på redovisning av arbetsmetodik innefattar i sig tillgång till teknisk utrustning. I utvärderingsfasen har endast arbetsmetodiken som sådan tillmätts betydelse och tillgång till teknisk utrustning utgör kvalificeringsfasen. Någon sammanblandning av kvalifikationsfasen och utvärderingsfasen har inte gjorts.

Det framgår av förfrågningsunderlaget att utvärderingen får göras inte bara på grundval av information som anbudsgivaren lämnat i klartext i anbudet, utan även utifrån vad som inhämtas från referenser. Någon dubblering av uppgifter som bolaget anför förekommer således inte.

Bolaget har haft samma möjlighet att hänvisa till erfarenhet av just sådana arbeten. I samband med referenstagingarna förhörde sig Vafabs handläggare om vilken typ av tätskiktsskonstruktion som använts i referensentreprenaden samt om föreslagen projektorganisation deltog i referensentreprenaden. Samtliga NCCs och Peabs referenser avsåg projekt med sluttäckning med bentonitmattor. Kompletterande uppgifter har därefter inhämtats från referenterna som tillfrågats om de känt till namngivna personer i föreslagen projektorganisation.

Förfrågningsunderlaget har varit utformat på ett bristfälligt sätt och därmed i strid mot kravet på förutsebarhet.

Det är korrekt att utvärderingsmodellen inte ingått i förfrågningsunderlaget. Den interna utvärderingsmodellen överensstämmer med AFB.52 och anbudsgivarna måste därmed rimligen varit införstådda med vilka förutsättningar som gällt för utvärderingen. Platschef och/eller arbetsledares erfarenhet av sluttäckning av bentonitmatta är en faktor som anbudsgivarna har kunnat sluta sig till genom hänvisning i AFB.52 till "Entreprenörens organisation, arbetsmetodik och teknisk och maskinell kapacitet". Möjligen skulle även AFB.52 "referenser till liknande arbeten" kunna hänföras hit. Vikten av platschef/arbetsledares erfarenhet har dock understrukits med krav på ingivande av CV. Under AFB.52 har det tydligt angivits vilka kriterier som kommer att värderas samt deras inbördes viktning. För att säkerställa att poängtilldelning skett på ett likabehandlande sätt har Vafab strikt använt sig av en utvärderingsmodell. Vafab anser att det hör till sakens natur att erfarenhet från att utföra just det som upphandlingen avser givetvis skulle tillmätas betydelse. Därtill uppgick värdet av "erfarenhet av arbete med bentonitmatta" endast till ett poäng av fem möjliga och har således inte varit av sådan betydelse att en precisering av just denna omständighet i förfrågningsunderlaget skulle varit särskilt motiverat. Varje poängsteg behöver inte redovisas på förhand. Det har i efterhand gjorts gällande att bolagets plats-/driftchefer har genomfört ett stort antal sluttäckningsprojekt med bentonitmattor. Det finns inte ett enda sådant påstående eller referens i bolagets anbud. De två referenser bolaget lämnade avsåg sluttäckning med andra typer av tätskikt. I samband med referenstagningarna förhörde sig Vafabs handläggare om vilken typ av tätskiktskonstruktion som använts i aktuell referensentreprenad samt om någon av personerna i föreslagen projektorganisation deltog i referensentreprenaden. Från referenstagningen erhöles kunskap om att både NCCs och Peabs föreslagna projektorganisation hade erfarenhet från sluttäckningsentreprenader.

Det har varit mer än synbart och t.o.m. uppenbart att erfarenhet av just det man upphandlade skulle tillmätas betydelse. Upphandlingen strider således inte emot kravet på förutsebarhet.

Vafab har själva varit referenser åt NCC och Peab som inneburit fördel för NCC och Peab i upphandlingen.

Vafab har varit referens åt vissa anbudsgivare. Den referensperson som har åberopats hos Vafab vid referenstagning har varit en annan person än handläggaren av upphandlingen. Denne har hanterats på exakt samma sätt som övriga referenser. Kontakt förekom med Konkurrensverket om detta innan man bestämde att godta bolaget Vafab som referens. Att den interna referensen inhämtades sist var inte resultat av något övervägande utan berodde på att kontaktpersonen hos Vafab återkom från semestern först den 26 februari, dvs. samma dag som referenstagningen utfördes.

Frågan om bolaget lidit skada

Vafab anför slutligen att – oavsett vilka poäng som NCC och Peab bort åsättas – har inte bolaget lidit skada, eftersom bolaget inte uppfyllt skallkravet avseende den finansiella och ekonomiska ställningen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. De EU-rättsliga principerna om transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande gäller. I princip får en upphandlande myndighet inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänna bestämmelserna i 1 kap. 9

§ LOU. För varje krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndigheten redogöra för hur anbudsgivarna ska visa att de uppfyller kraven. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

En upphandlande myndighet får enligt 9 kap. 8 § LOU begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Några bestämmelser som närmare reglerar när sådana förhandlingar, förtydliganden eller kompletteringar får användas eller hur myndigheten då ska förfara finns inte. Det krävs dock att den upphandlande myndigheten genom sitt agerande inte bryter mot grundläggande upphandlingsprinciper.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket samma lag får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket samma lag ska rätten, 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, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen

Generalentreprenaden omfattar i huvudsak att utföra sluttäckning på befintlig terrasseringsplan samt ytvattenledningar för del av deponin vid Annelunds avfallsanläggning.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att om förfrågningsunderlaget behöver kompletteras i anledning av frågor till den upphandlande enheten eller av någon annan anledning som har betydelse för upphandlingen ska det ske skriftligen och senast 10 dagar innan anbudstidens utgång.

Inkomna anbud utvärderas i två steg. De anbud som godkänts enligt AFB.51 i steg ett kommer utvärderas mot förfrågningsunderlaget i AFB.52 angivna utvärderingsgrunder.

Av AFB.51 sista stycket i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande:

Anbudsgivaren ska ha riskklassificering 3/A/40 eller högre enligt väletablerat affärs- och kreditupplysningsföretag. Ett högst tre (3) månader gammalt intyg från affärs- och kreditupplysningsföretag innehållande uppgifter om ekonomiska nyckeltal och riskklassificering ska bifogas anbudet. Om anbudsgivaren har lägre riskklassificering eller ovanligt låga respektive negativa nyckeltal utifrån branschgenomsnittet och/eller negativt resultat ska anbudsgivaren ändå anses uppfylla ovanstående krav om man i anbudet lämnar en sådan förklaring att det kan anses klarlagt att anbudsgivaren innehåller motsvarande ekonomiska stabilitet. Anbudsgivare som nyligen startat sin verksamhet, får redovisa andra intyg som säkerställer att anbudsgivaren har tillräckligt stabil ekonomisk och finansiell ställning för att kunna genomföra uppdraget.

Av AFB.52 förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande:

Värdering av anbud sker med följande faktorer och viktning:

- Anbudssumma, 45 %
- Referenser till liknande arbeten samt beställarens egen erfarenhet av anbudsgivaren, 20 %.

Anbudsgivaren ska ha god erfarenhet av att genomföra liknande uppdrag. Anbudsgivaren ska i sitt anbud ange minst 2 st. referensobjekt genomförda under de senaste 3 åren med tillhörande kontaktuppgifter.

Referenserna ska kunna styrka:

- att anbudsgivarens uppfyllt ställda tid- och kostnadskrav,
- att anbudsgivaren uppfyllt ställda miljö- och kvalitetskrav.

B åger rätt att tillfråga andra referenser än de som anbudsgivaren anger i sitt anbud.

- Entreprenörens organisation, arbetsmetodik och teknisk och maskinell kapacitet, 15%

En beskrivning av arbetsmetodik och tillgång till teknisk utrustning och maskiner som avses användas för att genomföra entreprenaden inom kontraktstiden ska bifogas anbudet.

- Kvalitets- och miljöarbete, 15 %
- Å-priser, 5 %

Varje faktor poängsätts i en 5-gradig skala som sedan multipliceras med viktningen. Poängen efter viktningen summeras.

Anbud med hösta antal poäng antas. Om totalsumman är lika för flera entreprenörer antas den som har lägst pris.

Poängsättning för anbudssumman utförs enligt modellen;
 $(\text{Lägst anbudssumma} / \text{Anbudssumma}) \times 5$

Poängsättning för å-priser utförs enligt modellen;
 $(\text{Lägsta summan av å-priser} / \text{summan av å-priser}) \times 5$

Poängsättning av övriga faktorer sker efter bedömning av inlämnat material och uppgifter från referenspersoner.

Förvaltningsrättens bedömning

Målet avser en ansökan från bolaget, varvid ska konstateras att bolaget av den upphandlande enheten uppenbarligen bedömts uppfylla kraven i kvalificeringsfasen. Förvaltningsrättens prövning i detta mål kan därmed inte, på talan av bolaget, omfatta en prövning av bolagets eventuella brist i kvalificeringsfasen.

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Vafab brutit mot någon bestämmelse eller princip i LOU och om dessa eventuella brott föranleder att upphandlingen ska rättas alternativt göras om. För ingripande från förvaltningsrättens sida krävs vidare att bolaget har, eller i vart fall riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

Vid genomförande av ett upphandlingsförfarande gäller att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget ska redovisa de krav som ställs på anbudsgivarna och redogöra för hur utvärderingen av anbuderna ska gå till. För varje krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndigheten redogöra för hur anbudsgivarna ska visa att de uppfyller kraven.

Vafab har brutit i inhämtandet av referenser och därmed brutit mot kravet på likabehandling.

Bolaget har gjort gällande att referenstagningen brister i likabehandling enligt 1 kap 9 § LOU då bolagets referensperson inte fått erforderlig information om betygsskalans innebörd medan såväl NCC och Peab använt sig av Vafab som referens som självklart varit full medveten om betygsskalan. Förvaltningsrätten finner det ostridigt att bolagets referensperson hade kunskap om att betygsskalan gick från ett till fem poäng. Däremot är det tvetydigt om bolagets referensperson fått

betygsskalans innebörd presenterad för sig. Förvaltningsrätten finner ändå att den betygsskala Vafab använt sig av är såpass vedertagen och huruvida bolagets referensperson fått varje steg av betygsskalan klart för sig är därför inte av sådant slag att de grundläggande principerna i LOU träts förnär. Detta särskilt beaktat att referenspersonen varit medveten om att denne givit bolaget en fyra - det näst högsta betyget och inte en femma - det högsta betyget. Att Vafab själva varit referens åt vissa anbudsgivare föranleder ingen annan bedömning.

Vafab har vid utvärdering av anbudet tillmätt i förfrågningsunderlaget ej efterfrågade uppgifter avgörande betydelse.

Av förfrågningsunderlaget framgår att referenserna ska kunna styrka att anbudsgivaren uppfyllt ställda tid- och kostnadskrav samt miljö- och kvalitetskrav. I utvärderingsmodellen, som först varit känd för bolaget efter anbudstidens utgång, anges ytterligare två poster; samarbetsförmåga och förmåga att följa avtal och övriga överenskommelser. Referenserna har således använts för att poängsätta helt andra omständigheter. Vafab har bl.a. anfört att uppgiften i förfrågningsunderlaget om vad referenserna ska kunna styrka ska uppfattas som en miniminivå. Kriteriet samarbetsförmåga följer av vad alla och envar rimligen måste inse kan ha betydelse utan att detta uttryckligen påpekats i förfrågningsunderlaget. Förmåga att följa avtal och övriga överenskommelser har angivits implicit i de andra kraven.

Förvaltningsrätten konstaterar att två av fyra poster som referenserna ombads att styrka inte finns angivna i förfrågningsunderlaget.

Förfrågningsunderlaget brister därmed enligt förvaltningsrättens mening till viss del i tydlighet. Otydligheten är emellertid inte av den art eller omfattning att kraven som uppställs i LOU eller som följer av de gemenskapsrättsliga principerna har åsidosatts. Förfrågningsunderlaget får enligt förvaltningsrättens mening anses ha givit tillräcklig information om

vad referenserna skulle ombes att styrka och att anbudsgivarna haft möjlighet att göra lämpliga val av referensobjekt.

Vafab har vid utvärdering av anbuderna tagit ovidkommande hänsyn i strid mot kravet på likabehandling.

Bolaget har anfört att referenserna använts för att poängsätta kriteriet "Entreprenörens organisation, arbetsmetodik och teknisk och maskinell kapacitet" vilket inte framgår av förfrågningsunderlagen. NCC och Peab har därmed haft fördel vid utvärdering av att personal i deras referensobjekt samtidigt ingått i den nu aktuella projektorganisationen. Förvaltningsrätten konstaterar att av förfrågningsunderlaget framgår att i "Entreprenörens organisation, arbetsmetodik och teknisk och maskinell kapacitet" ska en beskrivning av arbetsmetodik och tillgång till teknisk utrustning och maskiner som avses användas för att genomföra entreprenaden inom kontraktstiden bifogas anbudet. Det framgår längre ned under samma punkt (AFB.52) att poängsättning av övriga faktorer sker efter bedömning av inhämtat material och uppgifter från referenspersoner. Beaktat att det råder viss oklarhet i vad Vafab åsyftat med "poängsättning av övriga faktorer" finner förvaltningsrätten inte att inhämtandet av information från referenserna skett på ett oförutsebart sätt. Vidare finner förvaltningsrätten att då alla anbudsgivare har givits möjlighet att inkomma med CV på arbetsledare och platschef för projektorganisationen kan den fördel NCC och Peab åtnjutit till följd av att deras referenspersoner känt till personal i den upphandlade projektorganisationen inte vara i strid med principen om likabehandling.

Att en komplett ifylld å-prislista tillhör kvalificeringsfasen hindrar inte att information från densamma utvärderas i utvärderingsfasen.

Förvaltningsrättens mening är således att någon sammanbländning av de två olika faserna inte har skett.

Förfrågningsunderlaget är otydligt i fråga om värdet av viss personals erfarenhet av sluttäckning med bentonitmatta som tätskikt.

Vafab hävdar att det framgått eller anbudsgivarna har kunnat sluta sig till genom hänvisning till följande formuleringar i förfrågningsunderlaget; ”Entreprenörens organisation, arbetsmetodik och teknisk och maskinell kapacitet” eller genom ”referenser till liknande arbeten”. Vafab har därutöver anfört att det legat i sakens natur att erfarenhet av vad upphandlingen handlar om kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Därutöver har Vafab anfört att erfarenhet av just sluttäckning med bentonitmatta som tätskikt endast utgjort ett av fem möjliga poäng och därmed inte varit av sådan betydelse att precisering var särskilt motiverat.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. det anbud som är det mest fördelaktiga antas. Förvaltningsrätten finner inte anledning att betvivla att om bolaget haft kunskap att erfarenhet av sluttäckning med bentonitmatta med tätskikt skulle tillmätas betydelse hade inkommit med sådana uppgifter. Förvaltningsrätten delar vidare inte Vafabs uppfattning att ett av fem poäng inte är av sådan betydelse att precisering inte kan anses nödvändigt.

Den oförutsebarhet som bristen i förfrågningsunderlaget i denna del inneburit har medfört att anbudet inte har avgivits med tillräcklig insikt om hur utvärderingen faktiskt skulle ske. Förvaltningsrätten finner att bristen är sådan att den medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Eftersom bristen hänför sig till förfrågningsunderlaget måste upphandlingen göras om.

Vid denna utgång i målet saknas skäl att pröva om NCC uppfyllt skallkravet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)

Bernt Åkerblom
rådman

Målet är handlagt av Elin Andersson.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.